Die Willkürbeschwerde

Die staatsrechtliche Beschwerde
wegen willkürlicher Rechtsanwendung kantonaler Behörden
in der Praxis des Bundesgerichtes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Hermann Keller
von Aarau

Buchdruckerei Eugen Keller Aarau 1944

Die Willkürbeschwerde

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0024

Die Willkürbeschwerde

Die staatsrechtliche Beschwerde
wegen willkürlicher Rechtsanwendung kantonaler Behörden
in der Praxis des Bundesgerichtes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Hermann Keller
von Aarau

Buchdruckerei Eugen Keller Aarau 1944

Die Fakultät hat diese Arbeit
am 1. Juli 1943 auf Antrag von Prof. Dr. A. Homberger
als Dissertation angenommen, ohne damit zu den
darin ausgesprochenen Auffassungen
Stellung nehmen zu wollen.

Inhaltsverzeichnis

Literatur VII
Abkürzungen IX

1. Kapitel

§ 1. Die Rechtsgleichheit und das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung 1
I. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze gemäß Art. BV 4 1
II. Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsgleichheit für die kantonale Rechtsanwendung . . 2
III. Die praktische Durchführung des Rechtsgleichheitspostulates im Gebiete der kantonalen Rechtsanwendung 8
IV. Das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung . . 11

2. Kapitel

Die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtes

§ 2. Die subjektiv willkürliche Rechtsanwendung . . 16
I. Die Willkür im subjektiven Sinne . . . 16
II. Kritik der subjektiven Auffassung . . . 18
§ 3. Die objektiv willkürliche Rechtsanwendung . . 21
I. Willkür bei der Ermittlung des Tatbestandes . 21
II. Willkür bei der Ermittlung des anwendbaren Rechtes: Allgemeines 23
III. Umschreibungen der Willkür 24
IV. Willkür bei der Auslegung: Allgemeines . . 27
V. Willkür bei der Auslegungstätigkeit . . . 30
VI. Willkür im Ergebnis der Auslegung . . . 34
§ 4. Die Begründung rechtsanwendender Akte . . . 38
I. Die Bedeutung der Begründung 38
II. Typische Begründungen 41

3. Kapitel

Einzelne Fälle der Rechtsprechung des Bundesgerichtes

§ 5. Willkür im allgemeinen Staats- und Verwaltungsrecht 47
I. Allgemeine Grundsätze 47
II. Gemeindeorganisation, politische Rechte, Expropriation 49
III. Polizeiverwaltungsrecht 50
§ 6. Willkür im Steuerrecht 54
I. Allgemeine Grundsätze 54
II. Materielles Steuerrecht: subjektive Seite des Steuerrechtsverhältnisses 56
III. Materielles Steuerrecht: objektive Seite des Steuerrechtsverhältnisses 59
IV. Materielles Steuerrecht: konstitutive Seite des Steuerrechtsverhältnisses 65
V. Formelles Steuerrecht 66
§ 7. Willkür im Strafrecht 66
I. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ . 66
II. Willkürliche Auslegung von Strafgesetzen . . 69
III. Der Grundsatz „ne bis in idem“ 71
§ 8. Willkür im Prozeßrecht, inklusive Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 71
I. Die Organisation der Gerichte 72
II. Das Verfahren 74
III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht . . . 76

4. Kapitel

§ 9. Würdigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und Schlußfolgerungen 79
I. Die Unbestimmtheit des Willkürverbotes . . 79
II. Die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtes 80
III. Die Kompromißnatur des Willkürverbotes . . 85
IV. Der Mißbrauch der Willkürbeschwerde . . 86
V. Wirkung und Bedeutung des Verbotes willkürlicher Rechtsanwendung 88

Literaturverzeichnis

Aldag Heinrich: Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung, Berlin 1925.

Blumenstein: Schweizerisches Steuerrecht, 2 Bände. Tübingen 1926.

Burckhardt Walther: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.

Burckhardt Walther: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931.

Burckhardt Walther: Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

Burckhardt Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.

Curti Eugen: Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, Diss. iur. Bern 1888.

Eggenschwiler Ernst: Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, Diss. iur. Bern 1936.

Fehr Hans: Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin und Leipzig 1925.

Fleiner Fritz: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fürer Jacob: Willkür ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit als Grund für den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, Diss. iur. Freiburg 1928.

Heusler Andreas: Der Zivilprozeß der Schweiz, Berlin und Leipzig 1923.

Heyne Moritz: Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1906.

His Eduard: Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, 3 Bände. III. Band; Basel 1938.

Huber Hans: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte. Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Band 55, Basel 1936.

v. Ihering Rudolf: Der Zweck im Recht, 2 Bände, Leipzig 1884.

Jäger Carl: Kommentar zum Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911.

Jellinek Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1919.

Meyer Paul: Das Prinzip der Rechtsgleichheit in historischer und dogmatischer Beleuchtung, Diss. iur. Zürich 1923.

Paul Hermann: Deutsches Wörterbuch, Halle a. S. 1908.

Ruck Erwin: Schweizerisches Staatsrecht, Zürich 1939.

Ruck Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2 Bände, Zürich 1939.

Schoch G.: Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht. Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1886, Basel 1886.

v. Schwerin Claudius: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1941.

Silbernagel Alfred: Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesrechtliche Praxis. Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Band 21, Basel 1902.

Soldan Charles: Du déni de justice. Journal des Tribunaux, 32. Jahrgang, Nos. 29 und 30, Lausanne 1884.

Weber Leo: Referat an der 41. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins. Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Band 22, Basel 1903.

Weigand F. L. K.: Deutsches Wörterbuch, Gießen 1910.

Zetter Hans: Das Prinzip der Rechtsgleichheit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Heidelberg 1908.

Ziegler A.: Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden? Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Band 54, Basel 1935.

Abkürzungen

Botschaft Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 9. Februar 1943.

BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.

OG Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 mit seitherigen Abänderungen. Ab 1.1.1945 gilt das gänzlich revidierte OG vom 16.12. 1943.

OR Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht).

SchKG Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs.

StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.

VDG Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928.

VVG Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag.

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

(45.83) Zitierweise für die Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes.

Die Zitate beziehen sich auf die amtliche Sammlung. Die erste Ziffer bezeichnet den Jahrgang, die zweite die Seitenzahl. Es handelt sich durchwegs um Entscheidungen der staatsrechtlichen Abteilung, die jeweils im ersten Bande jedes Jahrganges publiziert sind.

I. Kapitel.

§ 1. Die Rechtsgleichheit und das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung.

I. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze gemäß Artikel 4 BV.

Der erste Absatz von Artikel 4 der schweizerischen Bundesverfassung lautet: „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich".

Dieser Satz stellt das Prinzip der Rechtsgleichheit auf. Er wurde 1848 auf Wunsch der Demokraten in die Bundesverfassung aufgenommen und damit vom bloßen politischen Postulat, das er bis zu diesem Zeitpunkt gewesen war, zu einer Verfassungsnorm, also zum Rechtssatze erhoben. Dessen prozessualer Schutz wurde ursprünglich durch den staatsrechtlichen Rekurs an den Bundesrat und die Bundesversammlung bewirkt, welches Institut anläßlich der Totalrevision von 1874 durch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht abgelöst wurde[1]).

Schon der Bundesrat und die Bundesversammlung waren in ihrer staatsrechtlichen Praxis bei der Anwendung von BV 4 nicht bei der durch die Rechtsgleichheit in erster Linie postulierten politischen Gleichberechtigung stehen geblieben, sondern hatten das Prinzip gelegentlich auch auf andere Gebiete, namentlich das Steuer- und Gewerbewesen übertragen. Vollends hat aber erst das Bundesgericht[2]) aus der Gleichheit vor dem Gesetze ein „allgemeines, die Rechtsordnung beherrschendes Prinzip" gemacht. Wie in dem grundlegenden Entscheide vom Jahre 1879 (6. 172) ausgeführt wird, muß nicht nur das auf dem Wege der Gesetzgebung erlassene Gesetz im formellen Sinne, sondern jede allgemein verbindliche Rechtsnorm vor dem Gleichheitsgrundsatze bestehen

[1]) BV 113, Abs. 1, Ziff. 3; OG 175, Abs. 1, Ziff. 3 (OG 1943: Art. 84 lit. a). Heute bedeuten die Ausdrücke Beschwerde und Rekurs im Bundesstaatsrecht dasselbe; vgl. darüber Eggenschwiler, 4, Anm. 1.

[2]) Unter Bundesgericht ist im Folgenden immer die staatsrechtliche Abteilung des Gesamtbundesgerichtes im Sinne OG 175 ff. (OG 1943: Art. 83 ff., 12 lit. a und 15 Abs. 2) verstanden.

können. Immerhin bestehen zwei Einschränkungen: Einmal sind für das Bundesgericht die allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse, die Bundesgesetze und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge verbindlich [3]). Ferner kann die staatsrechtliche Beschwerde nach BV 113 nur gegen kantonale Verfügungen und Erlasse ergriffen werden [4]). Die oben erwähnte Auffassung des Bundesgerichtes von der Tragweite des Artikels 4 BV kann daher kurz dahin umschrieben werden, daß die gesamte, kantonal-staatliche Tätigkeit sich dem Grundsatze der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze unterordnen müsse.

Weniger einfach als diese großzügige Festlegung einer solchen umfassenden Gültigkeit des Prinzips der Rechtsgleichheit, war die Interpretation von BV 4 im einzelnen, konkreten Fall. Doch hat das Bundesgericht die zahlreichen, in der Natur der Sache begründeten Schwierigkeiten gemeistert und die Grenzen gegen eine Geltendmachung der Rechtsgleichheit, die auf unverstandener oder überspannter Auffassung derselben beruhte, abgesteckt. Wie es dabei vorgegangen ist und welche Richtlinien es in seiner Tätigkeit seit 1874 herausgearbeitet hat, soll im Folgenden durch Darstellung der bezüglichen Rechtsprechung aufgezeigt werden. Eine vollständige Darstellung der sehr umfangreichen Praxis würde jedoch zu weit führen, weshalb nur von der Wirkung der in BV 4 festgelegten Rechtsgleichheit auf die kantonale Rechtsanwendung zu sprechen ist. Darunter ist im Gegensatz zur Rechtssetzung sowohl die richterliche als die Verwaltungstätigkeit verstanden [5]). Und auch dieses Verhältnis von bundesstaatlich garantierter Rechtsgleichheit und gliedstaatlicher Rechtsanwendung ist nicht in seiner Gesamtheit, sondern nur in einer bestimmten, unten näher zu umschreibenden Richtung darzulegen.

II. Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsgleichheit für die kantonale Rechtsanwendung.

Um den Einfluß der vom Bunde gewährleisteten Rechtsgleichheit auf das kantonale Rechtsleben zu bestimmen, war das Bundesgericht vorerst gezwungen, sich mit dem Begriffe der Rechtsgleich-

[3]) BV 113, Abs. 3; OG 175, Abs. 3. (Im OG 1943 ist diese Vorschrift weggelassen worden, Botschaft 40.)

[4]) OG 178, Ziff. 1 (OG 1943: Art. 84 Abs. 1).

[5]) Vgl. zu dieser Terminologie Burckhardt: Organisation, passim.

heit selbst auseinanderzusetzen. Erst zögernd, unter der Einwirkung wissenschaftlicher Arbeiten[6]) aber bestimmter werdend, schied es die Rechtsgleichheit begrifflich in eine *formelle* und eine *materielle* und nahm an, jene stelle ein grundsätzliches Gebot der Logik, diese ein allgemeines Gebot der Gerechtigkeit dar. Diese Einteilung wurde hin und wieder angefochten; sie soll hier aber zunächst angenommen werden, da sie auf jeden Fall zur Systematisierung gute Dienste leistet.

1. Die *formelle Rechtsgleichheit,* die sich als ein *Gebot der Logik* charakterisieren läßt, verlangt von der Rechtsanwendung die Widerspruchslosigkeit ihrer Entscheidungen. Konsequenterweise muß „ein Rechtssatz bei gleichen tatsächlichen Verhältnissen gegenüber allen Bürgern gleich, nicht das eine Mal so, ein anderes Mal anders ausgelegt werden" (49. 300), denn zwei sich widersprechende Entscheidungen können nicht beide zugleich richtig sein.

Diese Forderung der Logik kann aber mit dem Gebot der sachlichen Richtigkeit in Konflikt geraten. Wenn nämlich das rechtsanwendende Organ die Unrichtigkeit der bisher befolgten Praxis erkennt, so wäre es seine Pflicht, das Gesetz künftig richtig anzuwenden; das aber würde eine *Aenderung der Rechtsprechung* und damit eine Verletzung der formellen Gleichheit bedeuten. Von jeher hat nun das Bundesgericht angenommen, die materielle Richtigkeit habe der formellen Gleichheit vorzugehen, weil sonst ja eine Entwicklung der Rechtsprechung verunmöglicht würde. Selbstverständlich darf aber eine solche Abweichung von der Praxis nur aus sachlichen Gründen erfolgen, um den richtig verstandenen Willen des Gesetzes durchzusetzen (7. 633). Hierauf wird später nochmals zurückzukommen sein.

Aus der Forderung nach gleichmäßiger Anwendung des Gesetzes auf alle Bürger schloß das Bundesgericht auch das Verbot der ausnahmsweisen Nichtanwendung desselben; es folgerte mit andern Worten aus der formellen Rechtsgleichheit das *Verbot der Rechtsverweigerung* (3. 429)[7]). Dieser Schutz des Bürgers vor formeller Justizverweigerung ist eine Forderung des Rechtsstaates[8]),

---

[6]) Vorab der Kommentare Burckhardts zur BV. Vgl. Kommentar: 1. Auflage, 1905, 72 ff.; 2. Auflage, 1914, 58 ff.; 3. Auflage, 1931, 25 ff.

[7]) Vgl. auch 4.194, 5.407, 7.281 u. 623 u. 726, 8.197 u. 578. Bekannter ist der Ausdruck Justizverweigerung, den das Bundesgericht ebenfalls verwendet: 9.231, 11.111, 57.344.

[8]) Fleiner, 287, Anm. 27; Huber, 122 a.

die das Bundesgericht in Anlehnung an die Praxis des Bundesrates [9]) schon im ersten Jahre seiner Konstituierung ausgesprochen hatte, ohne sie allerdings aus BV 4 abzuleiten (1. 5).

2. Was nun die hier vor allem interessierende *materielle Rechtsgleichheit* anlangt, so hat sie das Bundesgericht anfänglich ganz allgemein als ein „Postulat staatlicher Gerechtigkeit" umschrieben (6. 172). Nach dieser Auslegung von BV 4, die besonders sorgfältig von Burckhardt begründet worden ist [10]), haben die rechtssetzenden kantonalen Behörden gerechtes Recht zu setzen und konsequenterweise die rechtsanwendenden Behörden dieses Recht richtig anzuwenden, weil erst dadurch die vom Gesetzgeber angestrebte Gerechtigkeit praktisch verwirklicht wird. Um nun darlegen zu können, wie sich diese, in der materiellen Rechtsgleichheit liegende Forderung nach richtiger Anwendung der Gesetze praktisch auswirken kann und soll, ist vorerst auf den Begriff der Rechtsanwendung selbst kurz einzugehen.

Rechtsanwendung ist die Unterstellung eines konkreten Tatbestandes unter einen abstrakten Rechtssatz zum Zwecke der Ermittlung des im Einzelfall erzwingbaren Rechts. Gerichten und Verwaltungsbehörden liegt somit eine dreifache Aufgabe ob: Feststellung der Tatsachen, Bestimmung des anwendbaren Rechts und Ziehung des logischen Schlusses, der sich durch Vergleichen des Tatbestandes mit dem Rechtssatz ergibt.

Von diesen drei Tätigkeiten bereiten nur zwei Schwierigkeiten. Sofern nämlich die beiden Prämissen (Tatbestand und Rechtssatz) feststehen, so ist der logische Schluß notwendig gegeben; es handelt sich um eine „einfachste", beinahe „einfältige" Operation [11]), von welcher nicht weiter zu sprechen ist.

Obwohl bei der praktischen Rechtsanwendung die Ermittlung des Tatbestandes das primäre ist, soll diese zunächst als bereits durchgeführt angenommen werden und nur von der Einwirkung der materiellen Gleichheit auf die *Ermittlung des anwendbaren Rechts* die Rede sein.

Eine lückenlose, alles erfassende Rechtsordnung zu setzen, ist erfahrungsgemäß unmöglich. Weil die im Leben vorkommenden und stets neu entstehenden Tatbestände sich nicht von vornherein in feste Regeln einspannen lassen, ist der Gesetzgeber gezwungen,

---

[9]) Silbernagel, 142 und dort zitierte Entscheide.
[10]) Burckhardt: Kommentar, 31 ff.
[11]) Zum Ganzen Burckhardt: Organisation, 255 ff., bes. 257.

sich in allgemeinen, abstrakten Formulierungen auszudrücken. Dies hat wohl den Vorteil der starken Erweiterung des Kreises der Tatbestände, die unter das Gesetz fallen, anderseits aber den Nachteil häufiger Mehrdeutigkeit oder sogar Unverständlichkeit der Normen. Aus dieser Sachlage ergeben sich für die Rechtsanwendung grundsätzlich zwei Möglichkeiten:

Entweder findet sich im Gesetz für einen konkreten und — wie angenommen — abgeklärten Tatbestand ein direkt zutreffender Rechtssatz. Dann kann ohne weiteres zur Ziehung des logischen Schlusses, also zum Denkvorgang, der keinerlei Schwierigkeiten bereitet, geschritten werden. In solchen Fällen kann man mit dem Bundesgericht von eindeutigem oder *klarem Recht* sprechen [12]), in denen die vom Gesetzgeber angestrebte Lösung der Rechtsfrage wegen der Einfachheit der logischen Operation ohne weiteres im konkreten Falle verwirklicht wird.

Nun nützt aber auch die klarste und zutreffendste Regelung nichts, wenn sich Richter und Verwaltungsbehörden nicht darum kümmern, sondern nach Gutfinden einen Tatbestand unter einen andern, als den offenbar anwendbaren Rechtssatz stellen; denn dadurch fällt der Entscheid anders aus, als es der Gesetzgeber wollte und die von ihm verlangte, abstrakt formulierte Lösung wird durch das Verhalten der rechtsanwendenden Organe zu Fall gebracht. Hier setzt nun die materielle Rechtsgleichheit ein, die — wie bereits angedeutet wurde — von der Rechtsanwendung die *Uebereinstimmung der getroffenen Entscheidung mit dem positiven Recht* fordert [13]).

Viel häufiger aber, als diese Fälle des sogenannten klaren Rechts sind diejenigen, in denen wohl ein Rechtssatz vorliegt, dieser aber nicht ganz verständlich oder nicht eindeutig ist oder sonstwie nicht genau auf den gegebenen Tatbestand paßt. Eine solche Rechtsnorm muß zuerst in ihrer Bedeutung und Tragweite abgeklärt und damit der Rechtsanwendung erst zugänglich gemacht werden. Oft kann aber mit dieser, als *Auslegung* im eigentlichen Sinne bezeichneten Tätigkeit noch kein zutreffender Rechtssatz gefunden werden. Dann haben die rechtsanwendenden Behörden unter Umständen noch weiter zu gehen und das Gesetz nach bestimmten Regeln zu ergänzen und eventuell sogar vorhandene Lücken auszufüllen,

---

[12]) Vgl. die unten S. 24, Anmerkungen 9 — 15 zitierten Entscheide.
[13]) Burckhardt: Kommentar, 25.

was zusammen mit der erwähnten Erforschung des Sinnes unklarer Bestimmungen als Auslegung im weitern Sinne benannt werden kann. Praktisch läßt sich diese Unterscheidung einer Auslegung im engern und im weitern Sinne aber nicht immer einwandfrei durchführen, weshalb im Folgenden auch nur von Auslegung schlechthin die Rede ist.

Die Eigenart aller Interpretation liegt nun darin, daß die rechtsanwendenden Organe sich zuerst das anwendbare Recht klar machen oder dieses sogar erst noch auffinden müssen, bevor sie zu der ihnen eigentlich zukommenden Tätigkeit der logischen Subsumtion schreiten können. Diese Auslegungstätigkeit ist demnach etwas, das der Rechtssetzung sehr nahe steht, indem die damit beschäftigten Behörden die gleichen Ueberlegungen zu machen haben wie der Gesetzgeber. Ob Analogie- oder Umkehrschluß anzuwenden sind, ob extensive oder restriktive Interpretation zu befolgen ist, muß nach Gesichtspunkten entschieden werden, die mit denjenigen der rechtssetzenden Organe identisch sind. Einen Beweis dafür leistet die häufige Erscheinung, wonach bei neuentstandenen Fragen vorerst die Rechtsanwendung eine Lösung gegeben hat, die nachher ohne weiteres vom Gesetzgeber übernommen wurde. Mit Recht nennt deshalb Burckhardt die der Subsumtion vorgehende Auslegung die „Fortsetzung der nicht zu Ende geführten Tätigkeit des Gesetzgebers“ [14]).

Für alle Fälle dieses auslegungsbedürftigen Rechts folgt daraus das Unvermögen des — für die Rechtsanwendung rein logisch aus BV 4 zu folgernden — Postulates der Uebereinstimmung zwischen anzuwendendem und angewandtem Recht, den Bürger vor Mißgriffen der rechtsanwendenden Behörden zu schützen. Weil überhaupt erst das geltende Recht aufgefunden werden muß, so kann der Behörde, die gegen Auslegungsregeln verstößt, mit dem Uebereinstimmungspostulat nicht beigekommen werden. Soll die Rechtsgleichheit auf die Auslegung einwirken können, so kann sie dies nur als *allgemeine Gerechtigkeitsforderung*. Die an und für sich klare und einleuchtende Unterscheidung der beiden Postulate, die aus der materiellen Rechtsgleichheit für die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung abgeleitet werden können, trifft also nur für die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung als rein begriffliche Gegensätze zu. Sie kann aber nicht als praktisch ver-

[14]) Burckhardt: Organisation, 256.

wendbare Anleitung für rechtssetzende und rechtsanwendende Behörden betrachtet werden, worin zweifellos eine gewisse Schwäche des Begriffs der materiellen Rechtsgleichheit liegt.

Daß es sich bei den verwendeten Begriffen des klaren und des auslegungsbedürftigen Rechts nicht um absolute und objektive, sondern um *relative und subjektive Begriffe* handelt, tut nichts zur Sache. Mit der tatsächlichen Ungleichheit der Menschen in Bezug auf ihre geistigen Qualitäten ist allerdings die Unmöglichkeit verbunden, für alle Fälle zu sagen, ob eine Vorschrift klar sei oder nicht. Die Unterscheidung hat hier nur den Zweck zu zeigen, wie sich die materielle Gleichheitsforderung verschieden verhalten muß; zu welcher Gruppe man einen konkreten Fall zählt, ist bedeutungslos. Die notwendige Relativität dieser Begriffe erhöht ja gerade die Problematik des Begriffes materieller Gleichheit, der für den g l e i c h e n Fall der Rechtsanwendung, je nach der Intelligenz der Behörden, sich bald von dieser, bald von der andern Seite zeigen muß, entweder als ein allgemeines Gerechtigkeitspostulat oder dann bloß als das der praktischen Verwirklichung der Gerechtigkeit dienende Postulat.

Derselbe Mangel zeigt sich bei Untersuchung der Wirkung materieller Rechtsgleichheit bei der, bisher als bereits erfolgt angenommenen, bei praktischer Rechtsanwendung aber primären *Ermittlung des Tatbestandes.* Das Postulat der Uebereinstimmung zwischen anzuwendendem und angewandtem Recht enthält nichts über die Tatbestandsfestlegung, weshalb die materielle Gleichheit sich gegen Fehler in derselben als unwirksam erweisen müßte. Nun sind aber auch hier krasse Verstöße gegen Rechtsanwendungsregeln möglich, deren Korrektur nur mit der allgemeinen in BV 4 liegenden Gerechtigkeitsforderung begründet werden kann.

Schon diese theoretische Untersuchung der sogenannten materiellen Rechtsgleichheit hat gewisse Schwächen dieses Begriffes aufgedeckt, welche seine Brauchbarkeit im Gebiete der Rechtsanwendung so stark vermindern, daß sein Ersatz durch einen andern Begriff nicht als unbegründet erscheint. Diese Auffassung wird noch verstärkt durch eine Prüfung des Problems von der praktischen Seite her.

III. Die praktische Durchführung des Rechtsgleichheitspostulates im Gebiete der kantonalen Rechtsanwendung.

Die folgerichtige Durchführung der aus BV 4 abzuleitenden Postulate, also die vollständige Gewährleistung materieller Rechtsgleichheit, würde vom Bundesgericht verlangen, als oberste Instanz die Richtigkeit der gesamten kantonalen Rechtsanwendung, d. h. aller gerichtlichen wie administrativen Verfügungen zu überprüfen. Eine solche Auslegung von BV 4 würde aber offenbar gegen die kantonale Hoheit und damit gegen die bundesstaatliche Struktur der Eidgenossenschaft verstoßen und das Bundesgericht hat sich deshalb zu keiner Zeit angemaßt, auf dem Wege der Behandlung staatsrechtlicher Beschwerden die gesamte Justiz und Verwaltung der Kantone zu kontrollieren.

Die Ablehnung einer solchen allgemeinen Ueberprüfungsbefugnis erfolgte zuerst mit der Begründung, das Bundesgericht habe nicht die richtige Rechtsanwendung durch kantonale Behörden nachzuprüfen, da bloß Beschwerden über Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger an die Bundesbehörden gebracht werden könnten [15]). Diese Begründung erscheint etwas formal; denn würde BV 4 die materielle Rechtsgleichheit schlechthin postulieren, so wäre jede unrichtige Rechtsanwendung eine Verletzung eines verfassungsmäßigen Rechtes und damit staatsrechtlich anfechtbar.

Das Bundesgericht ist denn auch nicht bei dieser Argumentation stehen geblieben. Es hat vielmehr in zutreffender Weise erkannt, eine Ausdehnung seiner Kompetenzen als Staatsgerichtshof im Sinne einer Kontrolle (20. 259) der gesamten kantonalen Rechtsanwendung würde einen offenbaren *Einbruch in die verfassungsmäßigen Kompetenzen der Kantone* involvieren (10. 312).

Die Bundesverfassung selbst statuiert für die Rechtsprechung ausdrücklich [16]), und für die Verwaltung aus BV 3 ableitbar, die grundsätzliche Selbständigkeit der kantonalen Rechtsanwendung, eine Tatsache, wie sie von rekursbeklagten Behörden gelegentlich betont wurde (22. 919) [17]). In Anerkennung dieser klaren Kompe-

---

[15]) BV 113, Absatz 1, Ziff. 3; OG 175, Absatz 1, Ziff. 3 (OG 1943: Art. 84 lit. a). Vgl. 4.332, 6.480.

[16]) BV 64, Absatz 3 u. BV 64 bis, Absatz 2. (Vor Partialrevision 1898 Art. 64, Abs. 2.)

[17]) Vgl. auch 24.196, 35.307.

tenzausscheidung hat das Bundesgericht immer und immer wieder ausgeführt, es prüfe prinzipiell nicht die Richtigkeit der Auslegung und Anwendung von Gesetzen [18]), es sei weder im Zivil- noch im Strafrecht [19]) eine allgemeine, oberste Appellations- oder Kassationsinstanz [20]) und es stehe ihm nicht zu, gegen rechtskräftige kantonale Entscheidungen wegen Fehlern „in procedendo vel iudicando" einzuschreiten (10. 312); denn die Bundesverfassung habe durch die „Einsetzung des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof zur Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger die Trennung der Staatsgerichtsbarkeit von der Zivil- oder Strafgerichtsbarkeit nicht verwischt" haben wollen (25. 411).

Ebenfalls lehnte es das Bundesgericht immer ab, die andere, zur Rechtsanwendung nötige Tätigkeit, die Ermittlung des Tatbestandes auf ihre völlige Richtigkeit hin zu überprüfen, da ihm die Kompetenz fehle, „die durch die kantonalen Behörden konstatierten Tatsachen seiner Nachprüfung zu unterstellen" (17. 430) [21]).

Obwohl sich rein begrifflich aus der materiellen Gleichheitsforderung die Verfassungswidrigkeit jeder unrichtigen Gesetzesauslegung und Anwendung ableiten ließe, so kann es doch keinem ernsten Zweifel unterliegen, daß die Bundesverfassung die grundsätzliche *Hoheit der Kantone in Justiz und Verwaltung* anerkennt, sofern sie nicht selbst die Bundeshoheit ausdrücklich festgelegt hat [22]). Somit hat sich das Postulat der materiellen Gleichheit als lex generalis den leges speciales BV 3, 64 und 64 bis unterzuordnen, d. h. der Staatsgerichtshof hat sich im Prinzip nicht in materieller Hinsicht mit kantonalen Urteilen und Verfügungen zu befassen.

Das Bundesgericht hat aber mit Recht einen gewissen Vorbehalt gemacht und trotz Anerkennung der Kompetenzgrenzen zwischen Bundes- und Kantonshoheit nicht jede materielle Einmischung vollständig abgelehnt. Es hat wohl festgestellt, es könne dem Postulat materieller Rechtsgleichheit unmöglich voll und ganz nachkommen und die kantonalen Entscheide s c h l e c h t h i n auf ihre Uebereinstimmung mit dem positiven Recht überprüfen, es hat aber auch eingesehen, daß eine Beschränkung auf den Schutz der formellen Rechtsgleichheit ein ganz unbefriedigendes Resultat er-

---

[18]) 3.442, 5.350, 6.480, 7.632 u. 752, 10.434, 11.4 u. 8, 12.245, 13.355, 14.153, 15.5 u. 120, 18.429, 20.259, 23.477, 26.406, 30.499.
[19]) 5.411, 9.234, 10.311, 12.514, 15.77, 45.83.
[20]) 8.685, 10.311, 15.77, 20.259, 34.638, 35.24.
[21]) Vgl. auch 20.259, 46.299, 48.243, 54.157.
[22]) BV 3 und 110 ff.

geben würde. Wenn nämlich auch die Behörden auf die Sache eines Bürgers eintreten und ihm gegenüber sich also keiner formellen Rechtsverweigerung schuldig machen, so kann doch durch die Art und Weise der materiellen Behandlung die betreffende *Rechtsanwendung praktisch einer Justizverweigerung gleichkommen.* So erkannte das Bundesgericht, es komme im Endeffekt aufs Gleiche heraus, ob „eine kantonale Behörde die Behandlung und Beurteilung einer offenbar in ihre Kompetenz fallenden Angelegenheit ausdrücklich oder stillschweigend verweigere" (10. 312) oder ob sie die Sache wohl an die Hand nehme, „die gestellten und gesetzlich begründeten Gesuche aus offenbar bloß vorgeschobenen Gründen aber abweise" (4. 510) [23]). Ob eine Behörde sich weigert, ihres Amtes zu walten (12. 244) oder ob sie ihre „Auslegungsbefugnis offenbar mißbraucht, um ein klares Recht des Bürgers als nichtbestehend zu erklären und den letzteren so um dieses Recht zu bringen" (5. 49) oder sonst „in einer Weise verfährt, welche einer eigentlichen Rechtsverweigerung gleichkommt" (10. 312) bleibt sich für den Rechtssuchenden gleich. So kommt beispielsweise die dem Quantitativ nach übermäßige Festsetzung einer an und für sich gesetzlich erlaubten Prozeßkaution „einer ausdrücklichen Weigerung des Gerichtes, die Klage an die Hand zu nehmen, dem praktischen Effekte nach vollständig gleich" (10. 6).

Ebenso hat es faktisch dieselbe Wirkung, ob eine Behörde, um sich nicht einer formellen Rechtsverweigerung schuldig zu machen, ihren Entscheid formell begründet, die vorgebrachten Motive aber „derart mangelhaft und ungenügend erscheinen, daß das Erkenntnis in Tat und Wahrheit der Begründung entbehrt" (25. 413).

Aus dieser Sachlage zog das Bundesgericht die Konsequenz. Wollte es die Justizverweigerung wirklich als verfassungswidrig untersagen, was unbestrittenermaßen zu seiner Aufgabe gehörte, dann mußte es auch dafür sorgen, daß dieses Verbot nicht umgangen werden konnte, indem die kantonalen Behörden wohl formell auf die Gesuche der Bürger eintraten und ihre Entscheide wohl formell begründeten, aber dies in einer Art und Weise, die dem materiellen Recht so wenig diente, wie wenn überhaupt kein Verfahren durchgeführt oder die Entscheide überhaupt nicht begründet worden wären. So begann das Bundesgericht auch bald,

[23]) Vgl. auch 7.500.

die kantonale Rechtsanwendung nicht nur auf formelle Rechtsverweigerung hin zu prüfen, sondern hob auch Entscheide auf, die materiell derart mangelhaft waren, daß sie sich als eine *indirekte* oder nach seiner Terminologie als eine *materielle Rechtsverweigerung* qualifizierten [24]). Es erklärte nicht nur den „déni de justice quant à la forme" als verfassungswidrig, sondern auch den „déni de justice quant au fond".

Als materiell unrichtige Rechtsanwendung, die der Justizverweigerung im Effekt gleich steht, wurde schon früh diejenige bezeichnet, die „auf bloßer *Willkür* beruht" (5. 49), die „eine Partei in ihren gesetzlich offenbar zustehenden Rechten *willkürlich* verletzt" (6.331) oder durch die „klar nachgewiesenes Recht willkürlich mißachtet und somit nicht nach Gründen, sondern nach bloßer Willkür entschieden wird" (10. 312).

Damit hatte sich das Bundesgericht eine Ueberprüfungsbefugnis rechtsanwendender kantonaler Akte „aus dem beschränkten Gesichtspunkt der Willkür" zugelegt (57. 365) [25]) und an die Stelle der postulierten materiellen Rechtsgleichheit das *„allgemeine Verbot der Willkür"* gesetzt (57. 193). Daran anschließend wurde die staatsrechtliche Beschwerde, die sich auf unzulässige Rechtsanwendung stützte, von der Praxis der neuern Zeit mehr und mehr als *„Willkürbeschwerde"* bezeichnet [26]).

IV. Das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung.

Wenn das Bundesgericht auch in vielen Fällen die Unterscheidung einer formellen und einer materiellen Rechtsgleichheit durchgeführt hat, so hat es doch auch die Problematik dieser Unterscheidung erkannt und insbesondere nur vorsichtig von der sogenannten materiellen Rechtsgleichheit gesprochen. Um die Schwierigkeiten dieses Begriffes zu vermeiden, hat es das Verbot der Willkür eingeführt und dadurch an die Stelle der rein logisch aus BV 4 zu folgernden positiven Zielsetzung materieller Rechtsgleichheit eine negative Beschränkung gesetzt. Es hat dabei eine recht glückliche Hand gehabt.

---

[24]) Die betr. Beispiele sind unten S. 25, Anmerkung 22 angeführt.
[25]) Vgl. auch 64.9.
[26]) Vgl. 66.174, 67.8; ferner Bundesrichter Huber, 157 a. In Botschaft, 40, ist vom „Willkürrekurs" die Rede.

Einmal werden dadurch einige der oben [27]) besprochenen Mängel des Begriffs der materiellen Rechtsgleichheit vermieden. Zudem verliert die Unterscheidung von formeller und materieller Rechtsgleichheit durch das Willkürverbot überhaupt wesentlich an Wert, wiewohl ihr vorerst eine gewisse Bedeutung nicht ganz abgesprochen werden kann.

Jede, wenn auch geringfügige, unrichtige Gesetzesanwendung, also materielle Ungleichheit, ist — von einer unwesentlichen und nicht einmal ganz einwandfreien Ausnahme [28]) abgesehen — in der Regel auch eine formelle Ungleichheit, weil dadurch ein Bürger anders behandelt worden ist als die übrigen [29]). Formelle und materielle Ungleichheit treffen also regelmäßig zusammen, weshalb die begriffliche Unterscheidung auch als wertlos und unfruchtbar, ja sogar als scholastisch angefochten wurde [30]). Da nun aber bekanntlich nicht j e d e materiell unrichtige Rechtsanwendung, sondern nur die willkürliche verfassungswidrig ist, so bleibt in formeller Hinsicht noch Platz genug für das Gebot der Widerspruchslosigkeit oder der Konsequenz, sofern in dieser Beziehung das Bundesgericht — was ja tatsächlich der Fall ist — einen strengern Maßstab anlegt [31]). Insofern kann daher der Unterscheidung einer formellen und einer materiellen Rechtsungleichheit eine gewisse Bedeutung zuerkannt werden.

Weil nun aber anderseits das Bundesgericht wegen der grundsätzlichen kantonalen Hoheit in Justiz und Verwaltung nur gegen ganz krasse Verstöße in der Rechtsanwendung vorgehen darf, so kommt es in der Mehrzahl der Fälle doch mit dem Willkürverbot aus. Allerdings ist nicht jede formelle Ungleichheit auch Willkür, wohl aber k a n n sie eine Willkür bedeuten. Dies beispielsweise, „wenn das geltende Recht einzelnen Bürgern gegenüber in willkürlicher Weise anders gehandhabt wird, als dies sonst allgemein der Fall ist“ (7. 632) [32]). Hier genügt auch bei der Rüge bloß formeller Ungleichheiten das Willkürverbot vollkommen und das Bundesgericht braucht sich nicht auf die oft heikle Frage einzulassen, ob nun formelle oder materielle Rechtsungleichheit vorliege. Jede Rechtsanwendung, welche sich als willkürlich quali-

---

[27]) Oben S. 7.
[28]) Silbernagel, 134.
[29]) Aldag, 21.
[30]) Fleiner, 284; ferner Meyer, 73 und Aldag, 21.
[31]) Burckhardt: Kommentar, 26.
[32]) Vgl. auch 9.399, 23.1388.

fiziert, ist verfassungswidrig, gleichgültig, ob sie nun eine formelle oder eine materielle Rechtsungleichheit bedeute. Für die meisten Beschwerden, die sich auf Verletzung von BV 4 durch rechtsanwendende Akte kantonaler Behörden stützen, wird daher der Streit über die Natur der Rechtsungleichheit gegenstandslos, worin der große Vorzug des Willkürverbotes liegt.

Schließlich kann der Auslegung des Gleichheitsprinzips durch das Bundesgericht auch noch zugute gehalten werden, daß sie sich in einen größern historischen Rahmen einfügt. Denn es handelt sich beim Willkürverbot nicht etwa um die Erfindung eines „wenig beschäftigten Bundesgerichtes“ [33]), sondern es ist vielmehr seit den Anfängen des Naturrechts ein Widerstandsrecht des Bürgers gegen behördliche Willkür postuliert worden [34]), welchem Bedürfnis durch die Ausbildung der Willkürbeschwerde in großzügiger Weise Rechnung getragen worden ist.

Mit der Anerkennung der grundsätzlichen Berechtigung des Willkürverbotes stellt sich nun aber sofort die weitere Frage nach dem Inhalt des Ausdruckes „Willkür“, wie ihn die bundesgerichtliche Praxis verwendet, oder — anders ausgedrückt — die Frage nach dem *Begriff der Willkür*.

Wie sich später noch zeigen wird, hat das Bundesgericht selbst nie gesagt, was es unter verfassungswidriger Willkür verstehe; es hat nie irgendwie abschließende Umschreibungen oder sogar exakte Definitionen gegeben, sondern hat die maßgebliche Frage nur anhand einzelner Fälle in einer sehr umfangreichen und über lange Zeit sich erstreckenden Praxis beantwortet, ohne sich um eine streng systematische Herausarbeitung eines Willkürbegriffes besonders zu bemühen. Der rechtsuchende Bürger mußte dadurch ein gewisses Gefühl der Unsicherheit bekommen; ein Umstand, der es von jeher nahe legte, nach einem allgemein gültigen Kriterium zu forschen, an dem der einzelne Fall gemessen und von vornherein entschieden werden konnte, ob nun verfassungswidrige Willkür vorliege oder nicht. Alle in dieser Richtung unternommenen Versuche sind jedoch an der Tatsache gescheitert, daß es überhaupt keinen einheitlichen Begriff der Willkür gibt, ein Sachverhalt, der sich etymologisch erklären läßt.

Willkür ist eine Wortbildung des 12. Jahrhunderts und ist zusammengesetzt aus „wille“ und „kür“ und bedeutet vorerst

[33]) Ziegler, 377 a.
[34]) Huber, 163 a ff. und 169 a.

Wahl des Willens, freie Willenswahl oder endlich freier Wille [35]). Es handelt sich ursprünglich also um einen subjektiven Begriff, der besagt, daß der Mensch von sich aus, nach seiner eigenen Willenswahl seine Handlungen bestimmen könne [36]). In der deutschen Rechtssprache nun wurde der Terminus Willkür bald auch in einem objektiven Sinne gebraucht und damit das durch die subjektive Willkür gefundene Resultat, namentlich das in den Städten vom Rat und im Volksgericht von den Schöffen beschlossene Recht bezeichnet [37]). Durch die oft mißbräuchliche Willenswahl des im absoluten Staate maßgeblichen Fürsten [38]) und der im Polizeistaate herrschenden Beamten [39]) erhielt das Wort Willkür immer mehr einen anrüchigen Beisinn der Ungesetzlichkeit, wie er dem ursprünglichen Begriffe nicht eigen gewesen war [40]).

Alle heute gebräuchlichen Verwendungen des Ausdruckes Willkür lassen sich aus der skizzierten Entwicklung ableiten; er kann subjektiv oder objektiv verstanden werden und nach beiden Richtungen kann dem Worte ein tadelnder Nebensinn anhaften, ohne daß dies aber notwendig wäre. Es gibt daher nicht nur einen, sondern verschiedene Willkürbegriffe und es geht nicht an, einen einzelnen beliebig herauszugreifen und diesen ohne weiteres der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu unterlegen. Vielmehr kann es sich nur darum handeln, im einzelnen Falle, in dem der Ausdruck Willkür verwendet wird, zu prüfen, was darunter verstanden werden soll. Rein deduktive Erörterungen ergeben kein brauchbares Resultat [41]), wovon der von Fürer unternommene Versuch ein sprechendes Zeugnis ablegt [42]). Deshalb hat es die schweizerische Wissenschaft auch aufgegeben, den Willkürbegriff in juristische Formeln einspannen zu wollen [43]).

---

[35]) Paul: Deutsches Wörterbuch; Weigand: Deutsches Wörterbuch.

[36]) Gemeint ist die physische Willensfreiheit, d. h. die Abwesenheit physischer Hindernisse, nicht etwa die moralische Willensfreiheit, die Gegenstand der philosophischen Auseinandersetzung zwischen Deterministen und Indeterministen ist.

[37]) Von Schwerin, 135.

[38]) Fehr: 258 ff.

[39]) Ruck: Verwaltungsrecht I, 131.

[40]) Heyne: Deutsches Wörterbuch.

[41]) Huber, 160 a.

[42]) Fürer, 73. Danach ist Willkür „jedes auf einem Willensfehler des kantonalen Staatsorgans beruhende Sichhinwegsetzen dieses Organs über die Schranken, an die es sich dem einzelnen gegenüber gebunden erachten müßte".

Diese Umschreibung stützt sich auf Ihering: Zweck im Recht, I, 359 ff., bes. 366, besagt aber nichts, sondern läuft auf eine Tautologie hinaus.

[43]) Aldag, 32.

Da nun aber die Frage, was verfassungswidrige Willkür sei, praktisch sehr bedeutsam ist, darf es mit dieser rein negativen Erkenntnis der Schwierigkeit, wenn nicht Unmöglichkeit einer einheitlichen begrifflichen Umschreibung der Willkür nicht sein Bewenden haben. Vielmehr ist zu prüfen, ob nicht an Stelle des als unrichtig erkannten Weges theoretischer Erfassung der Willkür, der Versuch unternommen werden könnte, den *Willkürbegriff der Praxis* zu charakterisieren. Was Willkür ist, sagt das Bundesgericht; es ist die Behörde, deren subjektive Wertung dem Begriff den Inhalt gibt. Kennt man seine Anschauungen, so können daraus allerdings nicht absolut sichere und abschließende, aber doch stark klärende Rückschlüsse für zukünftige Fälle gezogen werden.

Die maßgeblichen Auffassungen von der Willkür haben ihren sichtbaren Niederschlag in den Entscheidungen des Bundesgerichtes gefunden, deren Darstellung nun zum angegebenen Zwecke erfolgen soll. Die bereits in dieser Beziehung vorhandenen Arbeiten [44]) entbehren der Vollständigkeit und sind gerade deshalb ungeeignet, grundsätzliche Schlußfolgerungen zu gestatten. Die vorliegende Uebersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichtes umfaßt deshalb die große Mehrzahl der in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheide und zerfällt in zwei Teile. Im ersten (Kapitel II) sind aus allen Urteilen die allgemeinen Grundsätze herausgezogen und systematisch zusammengestellt, um damit die *„allgemeinen Richtlinien"* [45]) zum Ausdruck zu bringen. Im zweiten Teile (Kapitel III) wird die *Kasuistik* in der Frage willkürlicher Rechtsanwendung dargestellt, geordnet nach den verschiedenen Gebieten, in denen die Willkürbeschwerde hauptsächlich von Bedeutung ist.

---

[44]) Burckhardt: Kommentar, 43 ff.; Meyer, 96 ff.; Fürer, 64 ff.; Zetter, 72 ff.: Aldag, 29 f.

[45]) Im Sinne Fleiners, 284, der die Möglichkeit der Herausarbeitung der wichtigsten Prinzipien hervorhebt.

II. Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtes.

§ 2. Die subjektiv willkürliche Rechtsanwendung.

I. Die Willkür im subjektiven Sinne.

Die vom Bundesgericht nur gelegentlich vertretene Auffassung von der Willkür im subjektiven Sinne kommt in denjenigen Entscheidungen zum Ausdruck, in denen zur Annahme eines Verstoßes gegen BV 4 neben der objektiven Unhaltbarkeit der angefochtenen Urteile und Verfügungen der *Nachweis parteiischer Behandlung des Beschwerdeführers durch die kantonalen Organe* gefordert wird.

Dieses Kriterium verlangte das Bundesgericht einmal im Anfange seiner Praxis der Gewährleistung materieller Rechtsgleichheit. Es war sich der Tragweite seines Schrittes bewußt und ging nur ganz allmählich dazu über, wegen materiellen Ungleichheiten in der kantonalen Rechtsanwendung einzuschreiten und zwar vorerst nur, sofern eben eine subjektive Willkür vorlag. Eine solche nahm es besonders dann an, wenn die kantonalen Behörden „gestützt auf bloß vorgeschobene Gründe, sich einer *Beugung des Rechts zu Ungunsten des Rekurrenten*" schuldig gemacht (8.686) [1]) oder in *„Ansehung der Person"* entschieden (16.624) und dadurch die Absicht, den bösen Willen bekundet hatten, einen Bürger schlechter zu behandeln als die übrigen (3.442) [2]). Weil in solchen Fällen zugleich eine krasse formelle Rechtsungleichheit gegeben war, konnte das Bundesgericht mit dieser sein Eingreifen vom Standpunkte BV 4 aus rechtfertigen, auch wenn es ihm vorab

[1]) Vgl. auch 23.1322.
[2]) Vgl. auch die oben, S. 12, Anmerkung 32, zitierten Entscheide.

um die materielle Ungleichheit zu tun war. Mit der Ueberwindung dieser anfänglichen Hemmungen ließ das Bundesgericht das ja nicht regelmäßig geforderte Requisit der subjektiven Willkür allmählich fallen und beschränkte sich auf die Prüfung der objektiven Seite der angefochtenen Entscheide.

Als nun allerdings in einem spätern Zeitpunkte die Zahl der gänzlich aussichtslosen Willkürbeschwerden übermäßig anschwoll, erinnerte sich das Bundesgericht der früher vertretenen Auffassung und führte, nachdem seine ständigen Beteuerungen, es sei keine allgemeine Appellations- oder Kassationsinstanz, unwirksam blieben, kurzerhand wieder den subjektiven Willkürbegriff ein. Damit gelang es dem Bundesgericht, zahlreiche Rekurse, die sich auf ältere, nach objektiven Gesichtspunkten beurteilte Entscheide stützten, nun abzuweisen, weil „der Begriff der (sc. materiellen) Rechtsverweigerung seit deren Erlaß enger geworden" sei (30.626).

Zur Umschreibung dieser wiedereingeführten subjektiven Willkür bediente sich das Bundesgericht vorerst der schon früher gebrauchten Formulierungen und schritt nur ein, wenn in einem Falle *„zu Ungunsten des Rekurrenten"* eine viel strengere Rechtsanwendung Platz gegriffen hatte (34.10), nicht aber, „wenn für die Annahme einer Beugung des Rechts speziell zu seiner Benachteiligung keine Anhaltspunkte bestanden" (30.272) [3]). Im Gegensatz zur frühern Rechtsprechung, wo das Bundesgericht den subjektiven Willkürbegriff fast unbewußt angewandt hatte, wenigstens ohne besonders darauf hinzuweisen, sprach es nun ausdrücklich von einer neuen Praxis.

Bekanntlich gehören ja zu den Fällen materieller Rechtsverweigerung auch diejenigen, in denen die Begründung der Entscheide derart mangelhaft ist, daß die Erkenntnisse in Tat und Wahrheit unmotiviert erscheinen. Für diese Fälle zog das Bundesgericht erstmals [4]) wieder die subjektive Willkür herbei und führte aus: „errori in judicando, errori di diritto anche grossolani, contraddizioni anche ovvie coi disposti delle leggi cantonali non bastano, secondo la pratica più recente del Tribunale federale, per costituire un diniego di giustizia, ma è necessario che vi concorra un altro criterio essenziale, che cioè gli argomenti invocati dal giudice cantonale si qualfichino di puri pretesti" (29.390). Es war also nur bereit, Willkür anzunehmen, wenn die angeführten Gründe „nicht

[3]) Vgl. auch 29.5, 33.11.
[4]) Andeutungsweise schon 29.136.

ernstgemeint, sondern bloß vorgeschoben erschienen, um die *Absicht arbiträrer Behandlung* zu verdecken" (30.242)[5] oder wenn — anders formuliert — „sich die Vermutung aufdrängte, die entscheidende Behörde habe sich von andern als sachlichen und objektiven Erwägungen leiten lassen" (30.499).

Aber nicht nur bei der Motivierung, sondern überhaupt bei der ganzen Rechtsanwendung wurde nach dieser Auffassung eine subjektive Willkür als entscheidendes Kriterium verlangt; „denn nach der gegenwärtigen Praxis des Bundesgerichtes genügt es zur Annahme von Rechtsverweigerung nicht, wenn eine Verfügung oder ein Entscheid objektiv offensichtlich unrichtig ist, sondern es muß sich vielmehr ergeben, daß eine Behörde nicht nach Recht und Gerechtigkeit, sondern nach *Laune und Willkür* verfügt oder entschieden hat" (30.626); denn aus der Verfassung läßt sich der Anspruch ableiten, „nach sachlichen Gesichtspunkten und nicht einfach nach *Laune und Gunst*" (52.86) oder *in Ansehung der Person* (31.236)[6], sondern unparteiisch (49.266) behandelt zu werden. Aehnlich wurde die kantonale Rechtsanwendung in weiteren Fällen zuerst nach der objektiven und dann nach der subjektiven Seite untersucht, und erst wenn in beiden Richtungen Willkür angenommen war, der Entscheid aufgehoben[7].

II. Kritik der subjektiven Auffassung.

Gegen diese Praxis erhob Burckhardt[8] seine Kritik der subjektiven Auffassung der Willkür in der zweiten Auflage des Kommentars mit der Begründung, das Bundesgericht sei „nicht in der Lage, die Motive, die die kantonale Behörde bei ihren Entscheidungen geleitet haben, wirklich festzustellen" und „die Beweggründe des verfügenden Beamten seien gleichgültig".

Gegen den ersten Teil dieser Aussetzung wurde geltend gemacht, die Möglichkeit einer Ueberprüfung der die kantonale Behörde leitenden Motive sei durch den grundsätzlichen Begründungszwang für rechtsanwendende Akte gegeben und es könne „von der Gesamtheit der Umstände auf die Motive geschlossen werden"[9]. Nun lassen aber tatsächlich weder Motivierung noch

[5]) Vgl. auch 30.489, 32.265.
[6]) „en faisant acception de personnes" 45.83.
[7]) Vgl. 35.23, 36.365.
[8]) Burckhardt; Kommentar, 2. Auflage 1914, 67.
[9]) Fürer, 74.

Umstände zwingende Schlüsse zu, weil es sich um psychologische Vorgänge handelt, die kaum nachprüfbar sind[10]; es können nur indirekte und ungenaue Rückschlüsse gezogen werden.

Mag man auch über diesen Punkt noch im Zweifel sein[11]), so trifft die subjektive Auffassung der Willkür doch der zweite Vorwurf, wonach die objektive Unhaltbarkeit eines Entscheides zur Annahme einer Verfassungswidrigkeit genügen müsse; denn für den Bürger kann nicht die Rechtsanwendung als Denkvorgang maßgebend sein, sondern nur deren äußere Erscheinung, das Urteil oder die Verfügung. Ist eine Anordnung in offenbarem Widerspruch zum positiven Recht, so interessiert es den Rechtssuchenden wenig, ob sich die Behörden von ihrer mißlichen Rechtsanwendung Rechenschaft gegeben haben. Ob der Rechtsunterworfene vorsätzlich oder fahrläßig, wegen Böswilligkeit oder Unfähigkeit[12]) des betreffenden Beamten willkürlich behandelt wurde, darf nicht den Ausschlag geben. Mit der — von wissenschaftlicher Seite allerdings nur einmal geforderten[13]) — Einführung des subjektiven Willkürbegriffs käme man zu dem unbilligen Resultate, daß unhaltbare Entscheidungen nur dann verfassungswidrig wären, wenn sie von einem dolosen, nicht aber von einem unachtsamen oder unfähigen Beamten stammen würden, wogegen anderseits alle richtigen Entscheidungen aufrecht erhalten werden, gleichgültig welches die subjektive Einstellung des rechtsanwendenden Organs gewesen sei[14]).

Die subjektive Willkür mag wohl oft den Eindruck der Mißlichkeit der Rechtsanwendung erhöhen, weil sie schon *moralisch verwerflich* erscheint. Dies wird auch der Grund gewesen sein, weshalb das Bundesgericht im Anfange seiner Praxis dieses Kriterium — wohl sogar unbewußt — beizog[15]); denn damit konnte es in den Fällen, in denen das Rechtsempfinden des Bürgers unter Umständen stärker verletzt war, einschreiten. Wenn dagegen auch nicht viel einzuwenden ist, so ist doch die spätere Wiedereinfüh-

---

[10]) Burckhardt: Organisation, 54.

[11]) er ist von Burckhardt in der 3. Auflage des Kommentars 1931, 33, weggelassen worden.

[12]) z. B. wegen eines Uebersehens: 7.438, 26.276, 35.25.

[13]) Fürer, passim, bes. 73 ff., dessen Versuch einer Bestimmung des Willkürbegriffs noch aus einem andern Grunde mißglückt ist (oben S. 14, Anmerkung 42).

[14]) Im gleichen Sinne Meyer, 67.

[15]) Aldag, 29.

rung der subjektiven Willkür nicht zu rechtfertigen und das Bundesgericht ist von dieser — übrigens nie konsequent durchgeführten — Lehre auch allmählich wieder abgegangen.

So hat es ohne besondere Bemerkungen in einem Falle, in welchem der betreffende Beamte seine Aufgabe als Rechtsöffnungsrichter einfach nicht begriffen und „sans intention ou négligence coupable" in klarer Weise gegen das Gesetz verstoßen hatte, Willkür nur gestützt auf objektive Momente angenommen (30.300). Und in einem weitern Entscheide erklärte das Bundesgericht, angesichts einer ganz klaren gesetzlichen Regelung sei es gleich, ob der Richter das Recht dolos beuge oder ob er es grob fahrlässig mißachte (33.11). Damit lenkte es selbst wieder zu der Auffassung hin, wonach nur der objektive Erfolg der Rechtsanwendung für die Frage der Willkür maßgebend sein dürfe. Diese Erkenntnis spricht es später ausdrücklich aus und betont, es sei zur Aufhebung eines Entscheides auf Grund von BV 4 irrelevant, ob sich die kantonale Behörde der Unhaltbarkeit des Entscheides bewußt gewesen sei (45.36) und die Annahme einer Rechtsverweigerung sei nicht davon abhängig, „ob sie auf Verschulden, Absicht oder Fahrläßigkeit des Richters zurückgehe" (45.409). Damit war die subjektive Auffassung grundsätzlich überwunden und wenn auch ganz sporadisch in weitern Fällen spätern Datums von subjektiven Momenten die Rede ist, so wurden daran keine, für die Entscheidung ausschlaggebenden, Folgen geknüpft [16]).

Bemerkenswert ist allerdings die von einem Vertreter des Bundesgerichtes 1936 geäußerte Auffassung [17]), nach welcher es fast den Anschein hat, das Bundesgericht möchte sich die Wiedereinführung des subjektiven Kriteriums vorbehalten, wenn ihm die allzugroße Zahl der mutwilligen Beschwerden eine Beschränkung auferlegen würde. Dies obwohl der Sprecher des Gerichts ganz klar gegen ein solches Vorgehen Stellung nimmt. Es ist indessen zuzugeben, daß auch bei einer solchen Einschränkung viele der krassesten Willkürakte erfaßt würden. Trotzdem wäre ein solcher Rückschritt bedauernswert; denn wie dargetan, bedeutet die subjektive Auffassung der Willkür ihre Entfernung von der Rechtsidee [17]). Den Ausschlag soll nur die nun allein noch abzuhandelnde Willkür im objektiven Sinne geben.

---

[16]) Vgl. 40.464, 52.86.
[17]) Huber, 160a, Anmerkung 397.

§ 3. Die objektiv willkürliche Rechtsanwendung.

Die Darstellung der vom Bundesgericht ausgebildeten allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Willkür im objektiven Sinne zerfällt nach der bekannten Unterscheidung der rechtsanwendenden Tätigkeiten [1]) in zwei Teile.

Wegen angeblich verfassungswidriger Festlegung des Tatbestandes wird das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren weniger häufig eingeleitet (Ziff. I), ist aber deshalb nicht etwa von untergeordneter Bedeutung. Zahlreicher sind die Rekurse, die Willkür bei der zweiten, zur Rechtsanwendung nötigen Prämisse, bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts behaupten (Ziff. II —VI).

I. Willkür bei der Ermittlung des Tatbestandes.

1. Willkür bei Ermittlung des Tatbestandes nimmt das Bundesgericht im allgemeinen nur selten an und übt in diesem Gebiet größte Zurückhaltung (20.259) [2]).

Es behält sich allerdings ein Einschreiten vor, wenn die kantonalen Organe „Tatsachen als feststehend angenommen haben, die nach Maßgabe der Behauptungen und Beweise nicht als erwiesen angenommen werden können" (25.412) und bezeichnet in diesem Sinne die Annahme einer Schuldpflicht bei vollständigem *Fehlen tatsächlicher Anhaltspunkte* für den Bestand derselben als willkürlich (24.31) [3]). In ähnlicher Weise wurde eine den Tatbestand betreffende Behauptung als unhaltbar erkannt, die sich auf Anhaltspunkte stützte, die offensichtlich an den Haaren herbeigezogen schienen (35.15). Willkürlich ist endlich die Verkennung eines ganz simpeln Rechnungs- und Forderungsverhältnisses (35.24) und kann auch in der Feststellung der Bedürftigkeit der armen Partei liegen (64.4).

2. Von diesen wenigen Fällen abgesehen, hat das Bundesgericht entweder die Ueberprüfung der Tatbestandsermittlung von vornherein abgelehnt oder doch die Willkür verneint.

Regelmäßig liegt kein Verstoß gegen BV 4 vor bei der objektiv rechtlichen *Würdigung von Tatsachen,* wo das Gesetz auf freies

---

[1]) Oben S. 4 f.
[2]) Vgl. auch die oben S. 9, Anmerkung 21 zitierten Entscheide.
[3]) Vgl. auch 11.9.

richterliches Ermessen abstellt, wie das besonders häufig im Zivilrecht vorkommt [4]). Weiter ist auch nichts einzuwenden gegen die geradezu zutreffende (51.307), die durchaus zulässige (49.265) oder die nach der gegebenen Aktenlage (34.207) [5]) doch mögliche (16.479) Deutung eines Tatbestandes. Maßgebend ist immer, daß für die angenommenen Tatsachen genügende wirkliche Anhaltspunkte vorliegen (35.758); unter Umständen kann auch die Art und Weise der Prüfung derselben von Bedeutung sein (30.243).

Da im *Steuerrecht* „mehr auf die wirtschaftliche Bedeutung als auf die rechtliche Erscheinung der Tatsachen abgestellt werden soll" (45.26), wurde das Bundesgericht häufig angegangen, die Frage zu prüfen, ob eine kantonale Steuerbehörde willkürlich statt der äußern Form einer Sache mehr deren Natur berücksichtigt habe. Grundsätzlich mischte es sich hier aber nicht ein, da es sich um eine „Tatfrage, die zu beantworten ausschließlich den kantonalen Instanzen" zukommt, handelt (41.370). Ganz besonders kann nicht von Willkür gesprochen werden, wenn die zivilrechtlichen Formen, unter denen die Verhältnisse auftreten, nicht den Tatsachen entsprechen (46.184).

3. Nicht nur im Steuerrecht, sondern überhaupt verstößt es nie gegen BV 4, *Umgehungsgeschäfte* nicht nach ihrer scheinbaren, sondern nach ihrer tatsächlichen Wirkung zu behandeln: So die Scheinabtretungen zur Umgehung des Verbots der Vertretung durch berufsmäßige Fürsprecher (1.9) [6]) oder die nur zum Zwecke der Steuerumgehung unter Verwandten gegründete Aktiengesellschaft (32.633). Zulässig ist ferner zur Vermeidung der Gesetzesumgehung die steuerrechtliche Behandlung eines Ausverkaufs als Teilausverkauf, trotzdem eine Totalausverkaufsbewilligung gelöst wurde (43.246) oder die Untersagung des Masseurberufes, weil unter dessen Deckmantel die den patentierten Aerzten vorbehaltene Tätigkeit ausgeübt wird (43.29). Statthaft ist schließlich die Ausdehnung des Verbots der Beamtenwirtschaften auf die von den Beamten verpachteten Wirtschaften, sofern die Verpachtung lediglich dazu dient, die faktische Weiterführung unter den bisherigen, vom Gesetz bekämpften, Uebelständen zu ermöglichen (32.253).

---

[4]) z. B. „wichtige Gründe" (OR 352): 32,38, 45.339; „günstige Verhältnisse" (ZGB 329): 57.259.

[5]) Vgl. auch 33.269.

[6]) Vgl. auch 9.235.

II. Willkür bei der Ermittlung des anwendbaren Rechtes: Allgemeines.

Die Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes hinsichtlich Willkür bei Ermittlung des anwendbaren Rechtes zerfällt grundsätzlich in zwei Teile nach den bekannten Möglichkeiten des sogenannten *klaren* (Ziff. III) und des *auslegungsbedürftigen* (Ziff. IV—VI) Rechtes.

Ein wirkliches Auffinden des zutreffenden Rechtssatzes ist streng genommen nur bei den auslegungsbedürftigen Fällen nötig; denn sofern das Recht klar ist, bietet seine Ermittlung keine Schwierigkeiten. Eine allfällige Willkür kann diesfalls nur in der Nichtberücksichtigung des anzuwendenden Rechts liegen, was man in einem weitern Sinne ebenfalls als dessen Ermittlung, bzw. Nichtermittlung bezeichnen kann. Da die beiden der Rechtsanwendung gegebenen Möglichkeiten tatsächlich ineinander übergehen, ist die Relativität der verwendeten Begriffe [7]) von untergeordneter Bedeutung, weshalb auch die gemeinsame Behandlung der beiden Fälle im gleichen Paragraphen gerechtfertigt ist.

Die Mängel der Unterscheidung werden in diesem Zusammenhange weitgehend dadurch gemildert, daß sie sich im Prinzip mit einer andern Einteilung decken. Denn, wie schon aus dem 1. Kapitel hervorgeht, ist das Bundesgericht nicht eine allgemeine Appellations- und Kassationsinstanz. Gegen die kantonale Rechtsprechung und Verwaltung soll es aus dem Gesichtspunkte von BV 4 nur in gewissen Fällen einschreiten. Als solche hat es vorab die Verletzung klaren Rechts bezeichnet, weshalb in diesen Entscheiden *positiv* umschrieben wird, was Willkür ist (Ziff. III). Nicht aber soll das Bundesgericht kantonale Staatsakte aufheben, in denen auslegungsbedürftiges Recht ausgelegt und angewandt wurde, weshalb in diesen Fällen in *negativer* Weise gesagt wird, was nicht als Willkür gelten kann (Ziff. IV—VI).

Die wegen der Relativität der Begriffe gar nicht einwandfrei durchführbare Unterscheidung hat also neben dem Vorteil, als Grundlage einer Systematik dienstbar zu sein, noch den weiteren, wertvollen Vorzug, die gleiche Frage von zwei Seiten her zu beleuchten.

Weil nun anderseits die beiden Möglichkeiten des klaren und des auslegungsbedürftigen Rechts doch nicht vollständig zu trennen

---

[7]) Oben S. 7.

sind, so ist auch bei den Auslegungsfragen eine Willkür nicht ausgeschlossen und wird gerade dann anzunehmen sein, wenn allereinfachste Auslegungsregeln mißachtet worden sind, also beim Vorliegen eines Tatbestandes, der sich demjenigen des klaren Rechts nähert, worauf später noch näher einzutreten ist.

III. Umschreibungen der Willkür.

1. Das Bundesgericht hat mit Recht nie versucht, die verfassungswidrige Willkür zu definieren. Es hat aber diesen Ausdruck gelegentlich [8]) durch Synonyme ersetzt und besonders typische Fälle verbotener Rechtsanwendung in juristischer Formulierung umrissen. Mit solchen Umschreibungen der Willkür wird in positiver, praktisch brauchbarer Weise gesagt, was unter der durch BV 4 verbotenen Gesetzesanwendung zu verstehen ist.

Am häufigsten wird die verfassungswidrige Rechtsanwendung als *Verstoß gegen klares Recht* [9]) oder ähnlich als Verletzung [10]), Mißachtung [11]) klaren Rechts oder endlich als Einbruch in klares Recht [12]) bezeichnet. Der relative Charakter solcher Umschreibungen ist bereits erörtert worden [13]). Er läßt sich natürlich nicht dadurch beseitigen, daß man von „durchaus klarem" [14]) oder „absolut klarem Recht" [15]) spricht.

Klares Recht ist vor allem *unzweideutiges Recht* [16]), das von einem gesunden Menschenverstand gar nicht anders verstanden werden kann [17]), weil es nur e i n e n möglichen Sinn [18]) hat. Auch hier wird die Relativität des Begriffs nicht durch den Superlativ beseitigt, wenn das Bundesgericht von einer Gesetzesbestimmung sagt, ihre Bedeutung springe „aufs unzweideutigste" in die Augen (17.64). Der Verletzung klaren und unzweideutigen Rechts werden nach konstanter Praxis auch Verstöße gegen sogenannte feststehende, *allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze* gleichge-

---

[8]) Und zwar erlaubter Weise, Weber, 682.
[9]) Vgl. 5.49, 10.5, 29.5, 30.11 und 242, 31.19, 34.197 und 236, 35.294 und 310, 45.24, 48.185, 64.83.
[10]) Vgl. 25.190, 30.499, 48.185 und 477.
[11]) Vgl. 34.10, 41.487, 51.368, 52.128, 53.17, 57.365.
[12]) Vgl. 35.24.
[13]) Oben S. 7.
[14]) Vgl. 52.220, 57.365.
[15]) Vgl. 33.11, 33.698, 36.214.
[16]) Vgl. 45.24.
[17]) Vgl. 15.5, 16.479, 30.259 und 500, 35.533, 47.471, 66.59.
[18]) „seul sens possible; vgl. 22.358, 31.236, 33.6, 39.10.

stellt[19]), die regelmäßig dem ungeschriebenen Recht angehören (24.550) und besonders im Prozeßrecht von Bedeutung sind[20]). Wird gegen derartige Grundsätze verstoßen, so kann dagegen die Beschwerde auf Grund von BV 4 ergriffen werden (46.91).

Andere zur Bezeichnung willkürlicher Rechtsanwendung gebrauchte Formulierungen sind von untergeordneter Bedeutung, wiewohl sie den Eindruck sehr mangelhafter Justiz und Verwaltungstätigkeit bestärken können. So wurden kantonale Entscheide als *unvernünftig* (46.397), *widersinnig* (47.10), *absurd* (51.2) oder als *aller Billigkeit widersprechend* (34.5) benannt. Hieher gehören auch die oben [21]) besprochenen Umschreibungen der subjektiven Willkür, denen eine selbständige Bedeutung bekanntlich abgeht, die aber zur Charakterisierung krasser Willkürakte oft dienstbar sein können, beispielsweise die *parteiische* Rechtsanwendung nach *Gunst und Laune,* die in *Ansehung der Person* entscheidet.

Mit Recht kehrt in der ganzen Praxis des Bundesgerichts diejenige Umschreibung der Willkür immer wieder, wonach eine Rechtsanwendung verfassungswidrig ist, wenn sie sich in ihrem praktischen Effekte einer formellen Rechtsverweigerung nähert. Diese sogenannte *materielle Rechtsverweigerung*[22]) bildet den Ausgangspunkt für die ganze Praxis der Gewährleistung materieller Rechtsgleichheit und ist noch heute der Haupttypus derselben.

2. Ein Fall materieller Rechtsverweigerung ist vorab gegeben, wenn eine Behörde, anstatt eine klar auf der Hand liegende und keine Schwierigkeiten mehr bietende Subsumtion vorzunehmen[23]), sich einfach über den offenbar zutreffenden Rechtssatz hinwegsetzt, ihn außer Acht läßt und nach einer andern Regel oder nach eigenem Gutfinden entscheidet. Eine solche *Nichtunterstellung eines Tatbestandes unter den offenbar zutreffenden Rechtssatz* (35.308) ist es, wenn ein Gericht oder eine Verwaltungsinstanz einfach die bestehenden gesetzlichen Normen über eine Frage beiseite setzt (18.441)[24]) und versucht, an Stelle der festen gesetzlichen Regelung ihren behördlichen Willen zu setzen (23.537).

---

[19]) Vgl. 30.259 und 684, 43.246.
[20]) Unten S. 71 ff.
[21]) S. 16 ff.
[22]) Materielle Rechtsverweigerung liegt in einer Entscheidung „qui équivaut à un déni de justice" (45.83). Vgl. auch 30.500 und 626, 31.21, 34.5, 35.293 und 533, 40.174, 45.83, 47.385, 57.358 und 365, 60.212, 66.59.
[23]) Oben S. 4.
[24]) Vgl. auch 30.489.

Indem diese rechtsanwendenden Organe, statt die einfach anwendbaren Vorschriften zu beachten (5.411), ihren eigenen Willen dem klar erkenntlichen Willen des Gesetzes substituieren (16.718)[25]), verletzen sie BV 4, weil sie statt das Gesetz anzuwenden „nach freiem Ermessen und Gutfinden" (33.700), „nicht nach Recht und Gerechtigkeit, sondern nach Willkür verfügt oder entschieden haben" (30.626).

Das Gegenstück zu diesen Fällen bildet die *Unterstellung eines Tatbestandes unter den offenbar nicht zutreffenden Rechtssatz* (46.312). Hier wird das Gesetz auf einen Tatbestand angewandt, der bei „Würdigung der maßgebenden Verumständungen des Falles offenbar nicht unter dasselbe sich bringen läßt" (26.408). Hierin liegt ebenfalls ein Verstoß gegen klares Recht (35.359), weil sich „unter dem bloßen Schein der Anwendung gesetzlicher Bestimmungen eine willkürliche behördliche Verfügung" verbirgt (16.488)[26]). Dieselbe Wirkung hat es, wenn im Gesetz nicht vorgesehene Momente bei Behandlung der Sache herangezogen werden (50.279) und der Entscheid somit offensichtlich auf andern als den der anwendbaren Vorschrift zu Grunde liegenden Erwägungen beruht (48.307)[27]); denn dadurch ist dem Gesetz ein anderer Sinn untergeschoben worden (47.471).

Am deutlichsten zeigt sich diese Art mangelhafter Rechtsanwendung bei der Unterstellung von Tatbeständen unter Gesetze, die zur Zeit, in der die Tatbestände entstanden, noch gar nicht vorhanden waren und keine ausdrückliche dahingehende Bestimmung vorhanden ist. Solche *unzulässige Rückwirkung* wird gelegentlich im Steuerrecht versucht[28]). Sie wird aber vom Bundesgericht, wie der umgekehrte Fall, nämlich die Hinderung der Ausübung gesetzlicher Rechte ohne Grundlage im gegenwärtigen, mit *Rücksicht auf ein erst zukünftiges Gesetz* (22.724) als Willkürakt aufgehoben. Ein Gesetz gilt, entgegenstehende Vorschriften vorbehalten, nur für die unter seiner Herrschaft entstandenen Tatbestände. In diesem Sinne einzig richtige Lösung ist die Anwendung von VVG 74, durch welchen die stillschweigende Erneuerung eines Versicherungsvertrages auf ein Jahr beschränkt wird, auf die erste Erneuerung nach Inkrafttreten des Gesetzes (41.3).

---

[25]) Vgl. auch 25.412.
[26]) Vgl. auch 27.36.
[27]) Vgl. auch 36.493, 67.15.
[28]) 34.195 und unten S. 54 f.

Offensichtlich falsche Subsumtionen kommen auch vor, wenn bei oberflächlicher Betrachtung scheinbar mehrere anwendbare Rechtsnormen vorliegen, obwohl nach einfachster Auslegung der zutreffende Rechtssatz sofort klar ist. Derartige Tatbestände ergeben sich beispielsweise im Verhältnis von Verordnung (Reglement) und Gesetz (7.210) oder im Verhältnis von Bundesrecht (SchKG) und kantonalem (Zivilprozeß-) Recht (25.326). Die zutreffende Rechtsanwendung ist hier so eindeutig, daß das Bundesgericht die Nichtanwendung des zutreffenden Rechtssatzes („manifestement applicable en la cause" 25.326) als Willkür bezeichnet.

IV. Willkür bei der Auslegung: Allgemeines.

1. Die Entscheidungen, in denen in negativer Weise gesagt wird, was nicht Willkür ist (Ziff. II oben), betreffen regelmäßig Interpretationsfragen. Die das Bundesgericht leitenden, allgemeinen Regeln bei Ueberprüfung der Auslegung hinsichtlich Verfassungswidrigkeit beziehen sich regelmäßig auf die *Auslegung von Gesetzen,* worunter im Folgenden stets sowohl Gesetze im formellen Sinne, als auch auf dem rechtsmäßigen Weg zustande gekommene Verordnungen verstanden sind (25.176).

Da nun häufig auch das von den Parteien vereinbarte und vom Richter anzuwendende Vertragsrecht auszulegen ist, wurde gelegentlich auch in solchen Fällen Willkür behauptet. Das Bundesgericht ist aber in dieser Beziehung sehr zurückhaltend und überläßt die *Auslegung von Verträgen* prinzipiell den kantonalen Instanzen (35.56). Es weist die Beschwerde ab, wenn auch nicht feststeht, ob es bei „selbständiger Vertragsauslegung zum gleichen Resultat gelangen würde" (35.446) und begnügt sich mit der Weisung, daß „die Berufung auf eine an sich klare Vereinbarung nicht leichthin als offenbarer Rechtsmißbrauch oder als gegen Treu und Glauben verstoßend" wird erklärt werden dürfen (56.448).

2. Für die Anwendung der Gesetze betont das Bundesgericht vorab die *Notwendigkeit der Auslegung;* d. h. die Tatsache, daß eine Gesetzesbestimmung interpretiert wird, ist an und für sich keine Willkür; es handelt sich vielmehr um eine der Rechtsanwendung eigentlich zustehende Aufgabe (36.43). Notwendig ist Auslegung vor allem bei Fragen, deren Beantwortung nicht direkt gegeben ist (39.107) oder in Fällen, in denen das Gesetz einen von

ihm verwendeten Begriff nicht selbst definiert und „daher in dieser Beziehung der Auslegung durch die zuständigen Behörden Raum läßt" (36.214). Dasselbe trifft zu, wenn der Gesetzgeber nicht ganz klar ist und einen Ausdruck für zwei Begriffe braucht (36.560) oder allgemeinere Begriffe verwendet, „deren Definition im Gesetze nicht enthalten ist und daher erst im Wege der Auslegung festgestellt werden muß" (35.760). „Der Gesetzgeber kann, ohne der Willkür Tür und Tor zu öffnen, die Auffindung von Begriffsmerkmalen den mit der Anwendung der Gesetze betrauten Behörden überlassen" (42.264).

3. Die weitere allgemeine Regel, die vom Bundesgericht zur Ablehnung von Beschwerden ausgebildet wurde, hat ihre Wurzel in der erörterten Umschreibung der Willkür als Verletzung klaren Rechts. Eine solche wird nach konstanter Praxis [29]) verneint, wenn die angefochtene Auslegung und Anwendung eine *im Gesetze nicht gelöste Frage* betrifft; denn in solchen Fällen kann „von vornherein keine Rede davon sein, daß durch die Behörde in dieser Beziehung klares Recht beiseite geschoben" worden (32.265) oder eine „Verletzung eines klaren, hier direkt zutreffenden Rechtssatzes" gegeben sei (30.242). Hat eine Behörde eine im Gesetz nicht geregelte Frage gelöst, so kann ihr regelmäßig kein offensichtlicher Verstoß gegen klares und unzweideutiges Recht zur Last fallen (30.500) [30]).

Diese Regel wurde in weitern Entscheidungen dahin präzisiert, daß solange keine Willkür angenommen würde, als die vom Beschwerdeführer als richtig *behauptete Auffassung nicht im Gesetz vorgeschrieben* sei (29.5) [31]). Sofern für die geltend gemachte Ansicht keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung namhaft gemacht werden kann (30.508) [32]), so kann sie „jedenfalls auf unbedingte Richtigkeit in dem Sinne, daß die gegenteilige Annahme als reine Willkür und damit verfassungswidrig erscheinen würde, Anspruch nicht erheben" (31.30).

4. Während diese strenge Auffassung des Bundesgerichtes in diesen zitierten ältern Entscheiden vor allem in Fällen der Anwendung von Bundesrecht (SchKG) zur Abweisung von Beschwerden führte, kommt sie in neuerer Zeit ganz allgemein zum Durch-

[29]) Vgl. auch Huber, 159 a.
[30]) Vgl. auch 16.479, 30.259.
[31]) Vgl. auch 35.293.
[32]) Vgl. auch 30.621, 51.369.

bruch (31.369) und zwar in einer noch strengern, einschränkenderen Modifizierung. Nicht nur werden Rekurse abgelehnt, wenn es sich um Fragen handelt, die im Gesetze nicht gelöst sind oder dieses die rekurrentischen Lösungen nicht positiv vorgeschrieben hat. Vielmehr verneint das Bundesgericht eine Willkür solange, als nicht durch klare gesetzliche Bestimmung die von den kantonalen Behörden getroffene *Auffassung ausdrücklich ausgeschlossen* ist (50.382), gleichgültig, ob es sich um Fragen, die im Gesetze nicht gelöst sind oder um solche der Auslegung handelt (43.264) [33]). Zur Begründung der Rüge der Willkür gehört danach die Behauptung, durch die kantonalen Organe sei *„einer positiven entgegenstehenden Vorschrift zuwider* gehandelt worden" (52.100). Das Bundesgericht braucht deshalb nur noch zu prüfen, ob „eine positive Vorschrift, welche die Frage regeln würde, und mit der sich das Gericht in Widerspruch gesetzt hätte" in Betracht falle (52.220).

Diese strengste Eingrenzung des Willkürbegriffs gilt wiederum vorab im Gebiete des kantonalen Rechts, wo es zum Ausschluß des Vorwurfs der Willkür genügt, „daß die kantonale Gesetzgebung keine Bestimmung enthält, die der Auslegung des angefochtenen Entscheides unzweideutig entgegensteht" (66.59). Ja, es ist nicht einmal nötig, eine die Auslegung ausdrücklich ausschließende Vorschrift namhaft zu machen, wie in ältern Entscheiden verlangt wurde [34]). Es kann vielmehr schon die Tatsache der Nichtregelung einer Frage ohne Willkür als hinreichender Grund für die getroffene Annahme angesehen werden; allerdings nur „solange diese Vermutung nicht durch andere Bestimmungen des Erlasses zwingend widerlegt wird" (66.59).

5. Aus dieser Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht mit aller Deutlichkeit die *Tendenz* hervor, *die Ueberprüfungsbefugnis einzuschränken* und möglichst selten Willkür anzunehmen. Dadurch ist den kantonalen Behörden ein größerer Spielraum in der „freien Auslegung in der Schranke von BV 4" gegeben (57.92) und es ist wohl denkbar, daß in vereinzelten Fällen, die unter der ältern Praxis entschieden wurden und in denen Willkür angenommen wurde, heute eine solche verneint würde. Indessen hat das Bundesgericht auch früher stets die „weitgehende Auslegungsbefugnis" (5.49) [35]) der kantonalen Organe be-

[33]) Vgl. auch 66.59.
[34]) Vgl. die im vorangegangenen Absatz zitierten Urteile.
[35]) Vgl. auch 11.8.

tont und demzufolge, wiewohl es teilweise reine Auslegungsfragen prüfte, regelmäßig die betreffenden Beschwerden abgewiesen.

Wenn also auch das Vorgehen nach der neuern Praxis einfacher ist, so unterscheidet sie sich im Resultat doch wenig von der frühern Rechtsprechung. Diese Tatsache rechtfertigt es, die ältern Entscheide im Folgenden, wo von der eigentlichen Auslegung und ihren Hilfsmitteln hinsichtlich der Frage der Willkür zu handeln ist, ebenfalls mit zu berücksichtigen. Die Grundzüge dieser umfangreichen Praxis können doch dazu beitragen, die Auffassung von der Willkür, die das Bundesgericht seiner Rechtsprechung zu Grunde legt, abzuklären, vorzüglich allerdings von der negativen Seite her (Ziff. II oben).

V. Willkür bei der Auslegungstätigkeit.

1. Die Auslegung beginnt mit der sprachlichen Bestimmung des Sinnes gegebener Worte. Diese darf allerdings noch nicht als eigentliche Interpretation bezeichnet werden; denn es ist dazu die Kenntnis der Sprache und nicht diejenige des Rechts notwendig [36]).

Bei jeder Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist vorab auf deren *klaren Wortlaut* abzustellen (34.197), weshalb auch bei Ueberprüfung der kantonalen Rechtsanwendung in erster Linie untersucht wird, ob die angefochtene Auslegung „dem klaren und unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes widerspreche" (35.533). Das Bundesgericht prüft, ob die „interprétation en contradiction évidente avec le texte légal" (63.276) oder „absolument contraire à leur texte" (22.358) sei. Eine Auslegung, die dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht, ist regelmäßig willkürlich (22.919), während eine solche „im Einklang mit dem Wortlaut" als verfassungsmäßig bezeichnet werden wird (37.483), selbst wenn die auf der getroffenen Auslegung beruhende Annahme als rigoros erscheint (38.451). Dem Verfassungsgebot ist Genüge getan, wenn es sich um eine „mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht offenbar unvereinbare Auslegung" handelt (7.633) oder der Wortlaut die getroffene Interpretation nicht direkt ausschließt, wenn er auch „sehr wohl mit der Rekursschrift im gegenteiligen Sinne ausgelegt werden kann" (33.711).

In den zweisprachigen Kantonen (Bern, Freiburg, Wallis) sind die beiden amtlichen Gesetzestexte meist gleichwertig und können

[36]) Burckhardt: Einführung, 216.

deshalb gegenseitig zur Förderung der Erkenntnis des Gesetzes beigezogen werden (32.91) [37]).

2. In andern Entscheidungen spricht das Bundesgericht weniger vom Wortlaut, als von dem durch diesen vermittelten *Sinn,* indem es erklärt, nur Willkür annehmen zu können, wenn eine „interprétation ... absolument inconciliable avec le seul sens possible de la loi" sei (33.6) oder eine „interprétation inconciliable avec le seul sens, dont la loi soit (logiquement 22.358) susceptible" vorliege (31.236) [38]).

Die Wortinterpretation führt aber nicht immer zum Ziele und es ist ein „durchaus zulässiges und allgemein gebräuchliches Hilfsmittel der Rechtsprechung", *weitere Umstände* zu berücksichtigen, die dazu beitragen können, den Sinn der Worte zu erforschen (47.240). Wenn das Gesetz selbst keine derartigen Anhaltspunkte gibt, so müssen sie anderswo, beispielsweise in der Rechtswissenschaft aufgesucht werden (37.480).

Sofern es der Wortlaut zuläßt, kann auch der *Zweck* des Gesetzes eine Auslegung rechtfertigen (53.18), denn die Absichten des Gesetzgebers sind von Bedeutung (30.259) [39]), im Gegensatz zu den Intentionen der Verwaltungsbehörden, die einen Entscheid nicht vor Willkür zu schützen vermögen, auch wenn sie beachtlich sind (40.270).

Gar nichts ist einzuwenden gegen eine Auslegung, die „dem *Sinn und Zweck* der angewandten Bestimmungen durchaus entsprechend und auch mit dem Wortlaut sehr wohl vereinbar" ist (34.230); es genügt ja schon, wenn das Gesetz „nicht in einer mit seinem Wortlaut, Sinn oder Zweck offensichtlich (schlechterdings 26.274) nicht vereinbaren Weise" interpretiert wird (26.76). Gewisse Umstände können es sogar rechtfertigen, auf den Wortlaut nicht entscheidendes Gewicht zu legen, sofern nur die Auslegung dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht (47.3).

Schließlich weist das Bundesgericht eine Beschwerde auch ab, wenn die angefochtene Auslegung sich nicht nur mit dem Wortlaut des Gesetzes verträgt, sondern auch nicht gegen dessen *Sinn und Geist* verstößt (43.179) [40]) oder eine „durch ungenaue Redaktion sich erklärende Lücke im Sinn und Geist des Gesetzes" ergänzt

---

[37]) Vgl. auch 39.7.
[38]) Vgl. auch 39.10.
[39]) Vgl. auch 63.275.
[40]) Vgl. auch 7.438, 24.440, 25.412, 33.577.

wird (30.489). Besonders ist eine Auslegung zulässig, die „dem Sinn und Geist wohl entsprechend" eine versuchte Gesetzesumgehung verhindern kann (32.633). Die Berücksichtigung des Geistes des Gesetzes kann unter Umständen sogar einen Widerspruch zum Wortlaut rechtfertigen (37.9).

Um Sinn und Zweck des Gesetzes zu ergründen, bedient sich die Rechtsanwendung einer Reihe von Hilfsmitteln. Der Wortlaut einer Bestimmung kann im ganzen *Zusammenhang* betrachtet werden (13.355) [41]; denn aus der systematischen Stellung der Rechtsnormen lassen sich oft gewisse Rückschlüsse ziehen (36.5), so beispielsweise auf die offenbare Unrichtigkeit einer Auslegung, obwohl diese nach dem Wortlaut möglich wäre (23.454). Auch die Marginalien des Gesetzes sind von Bedeutung, weshalb auch die zum Texte gehörenden *Titel* zur Erforschung des Sinnes herangezogen werden dürfen (34.623), welche Möglichkeit aber nicht überspannt und in ihr Gegenteil verkehrt werden darf, indem auf Grund einer unklaren Titelüberschrift eine Auslegung vorgenommen wird, die dem klaren Gesetzesinhalt entgegensteht (34.197).

3. Weiter können auch die *Gesetzesmaterialien* zur Interpretation beigezogen werden, eine Methode, die auch das Bundesgericht befolgt (50.275). Es kommt denselben aber keine verbindliche Kraft zu; sie können nur als Indiz für den Willen des Gesetzgebers gelten (34.25) und die Ablehnung von Schlüssen, welche sich aus ihnen für eine bestimmte Auslegung ergeben, ist nicht willkürlich (52.129). Dies besonders nicht, wenn sie („travaux préparatoires") weit davon entfernt sind, die These des Rekurrenten zu stützen (39.9).

Auch der *historischen Grundlage* und der rechtsgeschichtlichen Entwicklung eines Gesetzes kann hinsichtlich der „Frage, ob eine willkürliche Interpretation vorliege, eine entscheidende Bedeutung nicht zuerkannt werden" (36.4) [42], während sie zur Stützung einer mehr oder weniger zutreffenden Auslegung wohl beigezogen werden darf (37.9). Zulässig ist dies vor allem bei administrativen, der öffentlichen Wohlfahrt dienenden Gesetzen, wo die Entstehungsgeschichte sogar eine Abweichung vom Wortlaut zu rechtfertigen vermag (32.251).

Schließlich kann auch die *authentische Interpretation* von Bedeutung sein. Willkürlich ist aber die Abänderung des kodifizierten

[41]) Vgl. auch 17.64, 38.44, 43.160, 47.369.
[42]) Vgl. auch 26.175, 43.158.

Gesetzesrechtes durch Weisung der Aufsichtsbehörde, die als solche zur authentischen Interpretation nicht berechtigt ist (47.231).

4. Selbst die Anwendung all dieser Hilfsmittel zur Erforschung des Sinns führt nicht immer zum Ziele. Je nach der persönlichen Auffassung des rechtsanwendenden Organes kann unter einem gegebenen Wortlaut mehr oder weniger verstanden werden und für beide Ansichten lassen sich meist gute Gründe beibringen. Im Einzelfalle muß aber die Behörde sich für eine Lösung entscheiden und je nachdem einer einschränkenden oder ausdehnenden Auslegung folgen. In Bezug auf die Frage der Willkür lassen sich zwei allgemeine Regeln aufstellen.

Die *extensive Auslegung,* die ein gewisses Maß überschreitet, nähert sich dem bekannten typischen Fall willkürlicher Rechtsanwendung, der in der offenbar unzutreffenden Unterstellung eines Tatbestandes unter einen Rechtssatz besteht. Wenn eine Behörde, anstatt sich mit der Erkenntnis zu begnügen, der zu behandelnde Tatbestand falle nicht unter das Gesetz, dasselbe in so ausdehnender Weise interpretiert, zum Zwecke, den betreffenden Tatbestand um jeden Preis darunter zu bringen, so wirkt das im Effekt wie die Unterstellung eines Tatbestandes unter den offenbar nicht zutreffenden Rechtssatz, worin eine Willkür liegt [43]). Allzu extensive Auslegung wird sehr oft geltend gemacht, namentlich im Verwaltungsrecht [44]) und im Strafrecht [45]), wo die einzelnen Fälle dargestellt sind.

Weniger wichtig ist die allzu *restriktive Interpretation,* die eigentlich nur bei den Steuerbefreiungsvorschriften eine Rolle spielt [46]). Diese Art der Auslegung nähert sich ebenfalls einem typischen Fall willkürlicher Rechtsanwendung. Wenn eine Behörde, statt eine ordentliche Auslegung zu befolgen, den anwendbaren Rechtssatz zu stark einengt, bewirkt sie damit, daß ein normalerweise unter diese Norm fallender Tatbestand nicht mehr darunter fällt. Im Effekt wirkt sich das aus, wie wenn die Behörde den zutreffenden Rechtssatz überhaupt außer Acht gelassen hätte, also den „konkreten Tatbestand willkürlich einer Bestimmung nicht unterstellt" hätte (35.308) [47]).

---

[43]) Oben S. 26.
[44]) Unten S. 47 ff.
[45]) Unten S. 70.
[46]) Unten S. 58.
[47]) Oben S. 25.

5. Wenn die bisher besprochenen Hilfsmittel der Auslegung regelmäßig einen gegebenen Rechtssatz voraussetzten, so gibt es nun auch solche für diejenigen Fälle, in denen ein Tatbestand zu behandeln ist, für den sich kein direkt zutreffender oder durch die Auslegung im engern Sinn ermittelbarer Rechtssatz vorfindet. Wenn das zutrifft, so ist damit nicht gesagt, daß es sich um eine Lücke handle. Vielleicht hat der Gesetzgeber einen ähnlichen Tatbestand normiert und angenommen, die getroffene Regel sei — mutatis mutandis — auch auf andere Fälle anzuwenden, d. h. der Rechtssatz sei durch *Analogieschluß* zu finden. Umgekehrt kann aber aus der Tatsache, daß der vorliegende Tatbestand nicht, wohl aber ein ähnlicher im Gesetze normiert ist, per *argumentum e contrario* geschlossen werden, daß der Gesetzgeber den zu beurteilenden Tatbestand nicht nach der für ähnliche Fälle gegebenen Regel entschieden haben wollte. Ob Analogie- oder Umkehrschluß anzuwenden sind zur Ermittlung des anwendbaren Rechts, läßt sich nicht in allgemeinen Regeln formulieren. Die vom Bundesgericht in der Willkürpraxis ausgebildeten Regeln gelten nur für einige Gebiete, namentlich das Strafrecht, wo die einzelnen Fälle auch dargestellt sind [48]).

Ob nun eine Interpretation zum Zwecke der Ermittlung des anwendbaren Rechtes vor BV 4 aufrechterhalten werden kann, zeigt sich nicht nur bei Ueberprüfung der Art und Weise des Vorgehens, sondern auch bei dem Resultat der Auslegung.

VI. Willkür im Ergebnis der Auslegung.

1. Ohne weiteres weist das Bundesgericht alle Beschwerden ab, bei denen die angefochtene *Auslegung* des Gesetzes nicht nur willkürlich, sondern *geradezu zutreffend* (29.5) [49]), durchaus sachgemäß (24.192), durchaus angemessen (43.247), durchaus möglich (11.5), offenbar begründet (17.4) oder überhaupt als schlechterdings unanfechtbar (32.263) erscheint; ganz abgesehen davon, daß es vom Standpunkt BV 4 aus gar nicht die Aufgabe hat, zu prüfen, ob eine Auslegung überhaupt richtig sei (30.11) [50]).

Grundsätzlich verneint das Bundesgericht auch die behauptete Willkür, wenn gegen die Lösung der kantonalen Behörden nur

[48]) Unten S. 70.
[49]) Vgl. auch 23.1322.
[50]) Vgl. hiezu 1. Kapitel, Ziff. III, S. 8 ff.

geltend gemacht wird, es handle sich um eine *verschiedener Auslegung fähige Vorschrift* (15.5) und die Behörde hätte zu einem andern Resultat gelangen können (51.97). Das Bundesgericht untersucht nicht, welches die beste Interpretation sei (34.638) und ist die Auslegung einer mehrdeutigen Gesetzesbestimmung streitig, so ist eine Willkür, „ein Verstoß gegen klares und unzweideutiges Recht" ausgeschlossen (30.500). So beispielsweise, wenn nach dem Wortlaut schon zwei Auslegungen möglich sind (24.176) oder die betreffende Frage eine Auslegung erfordert, die im einen oder andern Sinn erfolgen kann (39.107). Erst recht zulässig ist es, „die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten zu treffen" (46.386), vorab, wenn der „Text des Gesetzes redaktionell nicht wenig zu wünschen übrig läßt" (36.5). Geradezu notwendig ist es, von zwei im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten einer den Vorzug zu geben (37.20), wobei es selbstverständlich kein Akt der Willkür ist, die für den Bürger ungünstigere (24.176) oder die nach den Umständen weniger angemessene (46.384) Lösung zu wählen.

2. Aehnlich verhält es sich mit den Fällen, in denen die getroffene Auslegung Stellung in einer *umstrittenen Frage* (question controversée 45.83) oder einer diskutabeln Frage (question discutable 52.4) nimmt.

Ist eine Frage in Theorie und Praxis strittig (23.1336) oder „in Wissenschaft und Rechtsprechung sehr umstritten" (51.105) oder handelt es sich um einen Auslegungsstreit, der so oder anders gelöst werden kann (57.369), so macht sich eine Behörde nicht durch Festlegung auf eine Interpretation einer Willkür schuldig. Die Parteinahme für Fragen, die allgemein in der Theorie (39.367) oder speziell „unter den Kommentatoren des Gesetzes kontrovers" sind (32.31) oder der „Streit in der Doktrin noch nicht ausgetragen" ist (36.43), bedeutet keine Verfassungswidrigkeit. Ebenso nicht die Lösung einer Frage des internationalen Privatrechts, die in den verschiedenen Staaten verschieden gelöst wird (52.220).

Selbst die *Rechtsprechung des Bundesgerichtes* ist nicht derart maßgebend für die kantonalen Instanzen (51.104), daß ein Abweichen davon schon willkürlich wäre (34.236) [51]); „eine kantonale Behörde ist aus dem Gesichtspunkt von BV 4 überhaupt nicht verpflichtet, sich an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu der betreffenden Frage unter allen Umständen zu halten" (57.261).

---

[51]) Vgl. auch 52.219.

In der Lösung umstrittener Fragen liegt solange keine unzulässige Rechtsanwendung, als nicht eine derart *herrschende Meinung* besteht, die die gegenteilige Auffassung als haltlos erscheinen ließe (35.533). Das ist aber selten der Fall; denn „in Bezug auf wenige Fragen nur haben sich so bestimmte Auffassungen durchgesetzt, daß von ihnen abzuweichen schon Willkür bedeuten würde" (57.87).

3. Selbst wenn die Richtigkeit der getroffenen *Auslegung zweifelhaft* ist (24.441) [52]), erscheint dieselbe vor BV 4 noch haltbar. Auch wenn es sich um erhebliche Zweifel in einem bestimmten Punkte handelt (47.98) oder die Lösung „mehr oder weniger zweifelhaft" ist (30.500), so darf noch nicht von Willkür gesprochen werden, besonders nicht, wenn der Entscheid genau dem Wortlaut entspricht (37.483).

Wenn der gesetzgeberische Gedanke in der zu interpretierenden Bestimmung nicht absolut deutlich zum Ausdruck kommt, so erscheint auch eine sehr zweifelhafte und *nicht unbedenkliche Auslegung* noch zulässig (34.106). Mag eine „Auffassung vielleicht nicht unanfechtbar sein" (51.371), also eine „solution qui peut prêter à la critique" (45.83), eine „sentenza che presti il fianco alla critica" (51.97), so kann sie doch noch nicht als willkürlich bezeichnet werden, wie auch nicht die Auffassung, die ernste und erhebliche Bedenken erregt (29.6) [53]). Solange eine Interpretation noch den Wortlaut für sich hat (29.424), gilt sie als verfassungsgemäß; gleichgültig ist dabei, ob die Lösung „gewiß sehr wohl möglich" (31.567) oder ob eine Bestimmung nur noch „zur Not so verstanden werden kann" (32.629). Die Rechtsgleichheit verlangt nur eine Rechtsanwendung innert einer noch möglichen Auslegung des Gesetzes (52.290).

Nicht zweifelsfrei, aber auch noch nicht willkürlich ist es, wenn „angesichts einer nicht glücklichen und zum mindesten nicht völlig klaren Ordnung des Gesetzes" (34.236) oder weil eine Bestimmung ganz allgemein gefaßt ist (34.36) eine *Auslegung ohne Zwang* im angefochtenen Sinn erfolgt ist. Handelt es sich bei der vom Beschwerdeführer verlangten Lösung nicht um einen, sich aus der Rechtslage ohne weiteres klar ergebenden *zwingenden Schluß* (46.103) [54]), der sich „mit zwingender Notwendigkeit" (45.33) auf-

[52]) Vgl. auch 32.628, 33.73, 37.20.
[53]) Vgl. auch 30.259, 34.106, 38.44, 39.562, 51.39.
[54]) Vgl. auch 34.475.

drängt, so bedeutet der gegenteilige Entscheid noch keinen Verstoß gegen klares und unzweideutiges Recht und demnach keine Willkür (45.24). Für die Abweisung der Beschwerde genügt es, wenn die getroffene Auslegung keineswegs absolut ausgeschlossen ist (33.711), „selbst wenn man sie nicht für zwingend ansehen wollte" (49.483).

4. Das Bundesgericht erachtet aber nicht nur die Auslegung mehrdeutiger und umstrittener Vorschriften oder die Bedenken und Zweifel erregende Interpretation als vor BV 4 haltbar. Nach konstanter Praxis genügt auch eine weitgehende *sachliche Unrichtigkeit* eines kantonalen Entscheides, ein vielleicht zweifelloser *Irrtum in der Auslegung und Anwendung* des Gesetzes noch nicht zur Annahme von Willkür (30.499). Zahlreiche hieher gehörende Beispiele sind bereits früher angeführt worden [55]), als die Kompetenz des Bundesgerichts zum Einschreiten gegen kantonale Rechtsanwendungsakte begründet wurde. Ist eine Lösung „vom Standpunkte des kantonalen Rechts aus richtig oder unrichtig oder mehr oder weniger zweifelhaft", so liegt darin kein „offensichtlicher Verstoß gegen klares und unzweideutiges Recht und damit eine Rechtsverweigerung" (30.500). Demzufolge lehnt das Bundesgericht ab, gegen bloße Unrichtigkeiten in procedendo vel iudicando einzuschreiten (10.312) [56]); denn eine sachliche Unrichtigkeit ist noch keine Willkür (3.442) [57]).

Eine Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch die Natur der unrichtig angewandten Norm. Die klare Verletzung einer Ordnungsvorschrift gilt noch nicht als Willkür (36.193) [58]), im Gegensatz zu der Unrichtigkeit, begangen durch Verstoß gegen zwingende Rechtssätze (48.254).

Auch bloße *Irrtümer* in der Rechtsanwendung zählt das Bundesgericht noch nicht zu den Willkürakten, vor allem nicht, wenn „die Verhältnisse nicht ohne weiteres klar liegen" (47.368) oder es sich um „eine keineswegs einfache Rechtsbeziehung" handelt (33.11). Bloße Irrtümer (33.268) [59]) und rechtsirrtümliche Entscheidungen (52.220) kann das Bundesgericht als Hüter der Verfassung nicht korrigieren. Es hat nur dafür zu sorgen, d a ß Recht gesprochen wird und daß dieses Gebot nicht durch willkürliche Rechts-

---

55) Oben S. 9, Anmerkungen 18 — 21.
56) Vgl. auch 27.451, 29.390.
57) Vgl. auch 9.234, 30.260 und 499, 32.266, 35.294.
58) Vgl. auch 48.249.
59) Vgl. auch 29.389, 40.174, 57.365.

anwendung umgangen wird. Als willkürlich kann aber erst die *offenbar unrichtige* (22.993) oder die *offenbar irrige Rechtsanwendung* (36.359) bezeichnet werden.

Das in dieser Hinsicht oft unbefriedigende Resultat der Willkürpraxis wird später noch zur Sprache kommen. Vorerst ist über die Motivierung angefochtener Entscheide zu handeln, da dieselbe für die Frage der Willkür von sehr großer, oft ausschlaggebender Bedeutung ist.

§ 4. Die Begründung rechtsanwendender Akte.

I. Die Bedeutung der Begründung.

Die große Bedeutung der Begründung kantonaler Entscheide hinsichtlich der Frage der Willkür ist ganz natürlich. Einerseits vermögen gute Gründe ein außergewöhnliches Verhalten zu rechtfertigen, während anderseits die Dürftigkeit der vorgebrachten Motive den Eindruck der Unhaltbarkeit einer Rechtsanwendung verstärkt.

1. Aus dem Verbot der Rechtsverweigerung und der Willkür hat das Bundesgericht im Verlaufe seiner Praxis auch den *Zwang zur Motivierung rechtsanwendender Akte* abgeleitet. Danach haben Gerichte und Verwaltungsbehörden die Pflicht, ihre Entscheidungen zu begründen und die Motive dem Bürger bekannt zu geben (14.148) [1]).

Durch diesen Begründungszwang ist das Bundesgericht in die Möglichkeit versetzt, die den angefochtenen Urteilen und Verfügungen zu Grunde liegenden Motive kennen zu lernen. Es ist nun allerdings dem Gebot der Begründung schon Genüge getan, wenn aus den Motiven der sachliche Ausgangspunkt der Entscheidung erkennbar ist; daß dieser mit voller Klarheit ausgesprochen sei, ist wohl wünschenswert, aber nicht nötig (7.438). Ferner wird die staatsrechtliche Frage der Verfassungswidrigkeit nicht nur von der dem Dispositiv eines Entscheides vorgehenden Begründung, sondern auch von den bei Anlaß der Vernehmlassung, der sogenannten Rekursantwort [2]), beigebrachten Gründen beeinflußt und unter Umständen sogar abhängig gemacht (32.253).

---

[1]) Vgl. auch 19.470, 24.435, 53.112.
[2]) OG 184 (OG 1943: Art. 93).

Ist eine Auslegung umstritten oder kann sie in verschiedener Richtung erfolgen, so spielt die *Begründung* der getroffenen Wahl regelmäßig *keine Rolle*. Ohne nähere Motivierung kann sich hier eine Behörde einer Lösung anschließen (36.43) und ein bloßer Umstand kann schon ein gewichtiges Argument für eine Auffassung bilden (31.567).

Aber schon in den Fällen zweifelhafter und Bedenken erregender Auslegung und ganz besonders in denjenigen unrichtiger oder irrtümlicher Gesetzesanwendung spielt die *Begründung* eine *ausschlaggebende Rolle*. Es genügt hier regelmäßig, den Entscheid „auf dem Boden von BV 4 nicht zu beanstanden" (57.193), wenn er „mit sachlichen Gründen vertreten werden kann" (35.359) oder mit haltbaren Gründen sich rechtfertigen läßt (45.33).

Deshalb prüft das Bundesgericht vorerst immer, ob die angefochtene Rechtsanwendung, wie behauptet, in krasser Weise gegen das Gesetz verstoße. Tut sie das, so braucht sie trotzdem noch nicht als willkürlich zu erscheinen, wenn sie nämlich von vernünftigen, innern Gründen gestützt ist (39.7). Deshalb können sogar Entscheidungen aufrecht erhalten werden, deren zu Grunde liegende Auslegung der nach dem Wortlaut einzig korrekten zuwider läuft (39.7). Willkürlich ist anderseits eine Auffassung, die im Wortlaut des Gesetzes schon keine Stütze findet und zudem eines vernünftigen innern Grundes (47.10) oder eines hinlänglich sachlichen Grundes (60.212) entbehrt.

2. Damit der Motivierung der kantonalen Behörden ein so großes Gewicht zukommt, ist das Vorhandensein *sachlicher Gründe* notwendig. Eine Rechtsanwendung hält dem Vorwurf der Willkür stand (47.385), wenn der Entscheid „auf eingehenden, sorgfältigen und durchaus sachlich gehaltenen Erwägungen" beruht (39.367) oder die Behörde „in sachlicher, eingehender und sorgfältiger Weise ihren Standpunkt" begründet hat (59.56).

Als sachlich gelten Erwägungen, die *„aus dem Wortlaut und Zusammenhang der kantonalen Gesetzgebung geschöpft"* sind (13.355); ob sie richtig (10.312) oder auch ganz zutreffend (36.43) sind, spielt für die Frage der Willkür keine maßgebende Rolle. Es genügt schon, wenn eine Argumentation „sich jedenfalls vertreten" läßt (31.32).

Hier ist auch die *Art der Vorbereitung einer Entscheidung* mit von prinzipieller Bedeutung (30.499), weil sich daraus entnehmen läßt, ob die Behörden eine Frage leichthin behandelt oder sich ein-

läßlich damit befaßt haben (40.464), wozu sie grundsätzlich verpflichtet sind (25.190)[3]).

3. In andern Entscheidungen hat das Bundesgericht in negativer Weise erkannt, es genüge zur Abweisung der Beschwerden, wenn die als willkürlich behaupteten Urteile und Verfügungen nicht offensichtlich unhaltbar seien (33.514). Danach genügt es zur Verfassungsmäßigkeit schon, wenn sich in der Motivierung *Gründe* vorfinden, „die *nicht von vornherein als augenscheinlich haltlos oder für die zu entscheidende Frage schlechterdings unerheblich* erscheinen" (51.369). Nach dieser Umschreibung liegt dann Willkür vor, wenn das Recht „mit ganz haltlosen Gründen beiseite gesetzt worden ist" (24.428) oder sich „mangels einer irgendwie haltbaren Erklärung" die Vermutung aufdrängt, das „Gericht habe sich von andern als sachlichen Erwägungen leiten lassen" (35.303).

Gelegentlich hat das Bundesgericht, beide Umschreibungsmöglichkeiten zusammenfassend, Willkür verneint, wenn die den Entscheid motivierenden Angaben *„sachlich vertretbar und nicht von vornherein haltlos"* sind (52.221). In neuerer Zeit legt es, der allgemeinen Tendenz entsprechend, weniger Bedeutung auf eine sachliche, als überhaupt eine Erklärung, von der nur verlangt wird, nicht gänzlich haltlos zu sein; es genügt danach schon eine „argumentation raisonnable quelconque" (67.8).

4. Ausgangspunkt für die *als haltlos bezeichneten Gründe* ist der mehrfach erwähnte Tatbestand, wonach es praktisch der verfassungswidrigen Nichtbegründung von Entscheiden gleichkommt, wenn die vorgebrachten Motive „derart mangelhaft und ungenügend erscheinen, daß das Erkenntnis in Tat und Wahrheit der Begründung entbehrt" (25.413). Diesem Fall ist derjenige gleichgestellt, in dem die vorgebrachten Erwägungen sich diametral widersprechen (19.470); nicht aber schon das Bestehen einer bloßen Inkongruenz in der Begründung (29.270).

Mit derartigen Scheinbegründungen, die jedes vernünftigen Grundes bar sind (priva di ragionevoli motivi 51.98), wird entweder versucht, dem Verfassungsgebot der Motivierung rechtsanwendender Akte scheinbar nachzukommen (29.270) oder klares Recht beiseite zu setzen (30.489). In beiden Fällen ist eine Verletzung der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze gegeben (34.205) und das Bundesgericht spricht hier in konstanter Terminologie

---

[3]) Vgl. auch 45.12.

von vorgeschobenen Gründen (30.274) [4]), *nichtigen, bloß vorgeschobenen Gründen* (12.245) [5]), die nicht den Charakter wirklicher Begründung haben (36.496) und daher die Rechtsanwendung als willkürlich erscheinen lassen.

Die Begründung der kantonalen Entscheide kann also nicht nur eine mißliche Auslegung und Anwendung des Gesetzes vor dem Vorwurf der Willkür schützen, sondern kann anderseits auch gerade dartun, wie kraß die Verstöße der rechtsanwendenden Behörden sind. Wie schon erläutert, handelt es sich bei diesen Fällen vorgeschobener Motive um solche der moralisch verwerflichen, subjektiven Willkür, weshalb die meisten hieher gehörenden Beispiele schon zitiert worden sind [6]).

II. Typische Begründungen.

Die für die Frage der Willkür besonders wichtigen, typischen Begründungen und die vom Bundesgericht dazu bezogene Stellungnahme lassen sich in folgenden Gruppen zusammenfassen.

1. Die vorab hieher gehörenden Motivierungen, wie *Sinn, Geist und Zweck des Gesetzes, Entstehungsgeschichte* etc. sind, da sie eigentlich bei jeder Auslegung eine Rolle spielen, bereits im Zusammenhange mit der Auslegungstätigkeit behandelt worden [7]).

2. Das wichtigste sachliche Argument, das eine bestimmte Auffassung rechtfertigen kann, ist die *Berufung auf die bisherige Praxis*. Durch diese macht die Behörde geltend, sie habe bis anhin alle Bürger in dem nun auf einmal angefochtenen Sinne behandelt und sie würde sich durch eine abweichende Rechtsanwendung eines Widerspruchs zu sich selbst, also einer formellen Rechtsungleichheit schuldig machen. Grundsätzlich ist deshalb eine Auslegung und Anwendung nicht willkürlich, der eine „der bisherigen Praxis entsprechende Auffassung zu Grunde gelegt" wird (36.597) [8]) oder die dem in feststehender Praxis entwickelten Standpunkt der kantonalen Behörden entspricht (51.295).

Voraussetzung einer derartigen Berufung ist, daß die Behörde „sich auf eine konstante Praxis berufen kann" (33.699), welche noch nicht als bestehend zu erachten ist, wenn erst zwei Entscheide

[4]) Vgl. auch 32.265, „puri pretesti": 29.390.
[5]) Vgl. auch 8.686, 29.270, 30.10.
[6]) Oben S. 16 ff.
[7]) Oben S. 30 ff.
[8]) Vgl. auch 58.228.

die strittige Frage betreffen (39.9) oder sogar nur ein Präjudizium besteht (34.206). Weiterhin ist nötig, daß es sich um die *„ständige Praxis der gleichen urteilenden" Behörde* handelt, weshalb sich ein „Hinweis auf gegenteilige Entscheide anderer kantonaler Gerichte als unmaßgeblich erweist" (51.104). Solchen Hinweisen auf die Rechtsprechung anderer Behörden kommt eine geringe Bedeutung zu für die Fälle umstrittener Auslegung [9]), in denen sie — allerdings ohne ausschlaggebende Wirkung zu haben [10]) — angeführt werden können. Sogar auf die Praxis ausländischer Gerichte darf verwiesen werden (50.216) [11]); beispielsweise auf diejenige des deutschen Reichsgerichts (36.42).

Der Berufung auf die konstante Praxis kommt eine sehr weitgehende Wirkung zu. Wenn zwei Auffassungen möglich sind, die eine aber „bereits in längerer Praxis zum Ausdruck gebracht" wurde (33.517), so erhält diese den Vorzug. Aber auch wenn Zweifel an einer Auslegung möglich sind, so liegt solange keine Willkür vor, als sie „unbestrittenermaßen in Uebereinstimmung mit der konstanten, von jeher befolgten Praxis" steht (32.628). Eine *traditionelle Auffassung* vermag auch eine erkannte theoretische Unrichtigkeit zu rechtfertigen (46.150). In vereinzelten Fällen ging das Bundesgericht sogar noch weiter und schützte ganz offensichtlich falsche Entscheide, weil der Nachweis, daß die mißbräuchliche Auslegung nicht einer langjährigen Praxis entspreche, fehlte (30.272) [12]). Es schätzte also in diesen Fällen im Gegensatz zur sonst vertretenen Auffassung [13]) die formelle Rechtsgleichheit höher als die materielle Ungerechtigkeit. An dieser, nur selten vertretenen Auffassung tauchten aber bald wieder Zweifel auf.

Als in einem Falle zu der klaren Gesetzeswidrigkeit auch die einmalige Ausnahmebehandlung trat, nahm das Bundesgericht Willkür an, „ganz abgesehen von der Frage, ob vom Standpunkt BV 4 eine dem klaren Gesetzestext widersprechende ständige Praxis" eine andere Lösung fordern würde (33.699). Damit lenkte es wieder zur frühern Auffassung hin, wonach es „wie von vornherein klar ist, nicht etwa gebunden sein könnte durch eine bisherige mißbräuchliche Praxis" (24.440). Dabei blieb es nun stehen und führte in weitern Entscheiden aus, „daß das kantonale Ge-

[9]) Oben S. 35 f.
[10]) Oben S. 39.
[11]) Vgl. auch 52.220.
[12]) Vgl. auch 3.441.
[13]) Oben S. 3.

richt einer bestehenden Praxis gefolgt ist, kann dabei nichts verschlagen, weil eben diese Praxis sich als durchaus gesetzwidrig und willkürlich darstellt" (34.10)[14]). Insbesondere ist das Bundesgericht in dieser Richtung streng, wenn die angefochtene Praxis mit Bundesrecht nicht vereinbar ist (37.490).

Eine offenbar gesetzwidrige Praxis vermag ferner auch eine fehlende gesetzliche Grundlage für ein Vorgehen nicht zu ersetzen (47.369), wie anderseits die *Abänderung des kodifizierten Gesetzesrechtes durch den Gerichtsgebrauch* willkürlich ist (47.231). An der Mißlichkeit der Rechtsanwendung vermag der Umstand der ständigen Praxis nichts zu ändern: „ein zweifelloser Mißbrauch wird durch lange Uebung nicht zum Recht" (53.194).

3. Die Bedeutung der Praxis darf überhaupt nicht überschätzt werden, wie denn auch ein *Abweichen von der bisherigen Praxis möglich* ist, was schon angedeutet wurde[15]), in diesem Zusammenhang aber näher zu erörtern ist. „Eine Praxis kann sich ändern und hat nicht dieselbe Autorität wie das geschriebene Recht" (46.103) und der Vorwurf der Willkür ist solange nicht begründet, als die Abweichung von der Rechtsprechung *sachlich begründet* erscheint (47.4)[16]). Dies ist beispielsweise der Fall, „wenn die Praxis der Behörden mit Bezug auf die Anwendung eines verschiedener Auslegung fähigen Gesetzes" (7.633) oder „in der Beurteilung einer juristisch kontroversen Frage" wechselt (31.33). Ein solcher Wechsel braucht vom Willkürstandpunkt aus nicht einmal ausdrücklich erwähnt zu werden (52.44) und in der Auffassung, daß dadurch einer Partei kein Rechtsnachteil erwachsen soll, liegt ebenfalls keine Willkür (7.438).

4. Neben der Berufung auf die bisherige Praxis spielen noch eine Reihe anderer Berufungen eine, wenn auch geringere Rolle. Zulässig ist die Anrufung der *Lösung in andern Rechtsordnungen*, was besonders bei Fragen, die im Gesetz nicht geregelt sind, häufig der Fall ist. So liegt keine Willkür vor, wenn eine Auffassung „bekanntlich einem gesetzlich weitverbreiteten System" entspricht (24.440) und es erscheint auch eine Verweisung „auf das neue schweizerische und das geltende deutsche Zivilrecht als durchaus einwandfrei" (34.206). Auch der Hinweis auf das gemeine Recht kann sogar nützlich sein (36.596).

---

[14]) Vgl. auch 50.23.
[15]) Oben S. 3.
[16]) Vgl. auch 49.23.

5. Weiterhin ist die *Berufung auf die Wissenschaft* zulässig und enthebt eine strittige Auslegung regelmäßig von dem Vorwurf der Willkür (45.340). Ein solcher „erscheint umso unbegründeter, als sich die kantonalen Instanzen zur Unterstützung ihrer Auffassungen auf die in den *Kommentaren*" vertretene Ansicht berufen können (33.530) oder sich „auf die Ansicht eines berufenen Vertreters der Wissenschaft" zu stützen vermögen (50.216). Die Möglichkeit einer Entscheidung aus reiner Willkür wird zum vornherein ausgeschlossen, wenn sich eine Behörde „auf die Autorität eines bekannten bernischen Rechtslehrers berufen" kann (29.5) oder „dem Gutachten eines angesehenen Rechtslehrers gefolgt ist" (31.573). Auch der Beschwerdeführer kann selbstverständlich dem Rekurs ein Gutachten beilegen, das aber unbehelflich ist, sofern es sich nicht mit der staatsrechtlichen Frage der Rechtsverweigerung befaßt (49.13). Ist bei einer umstrittenen Frage „in der Doktrin der Streit noch nicht ausgetragen" (36.43) [17]), so verneint das Bundesgericht bei deren Lösung regelmäßig die Willkür, insbesondere wenn die Rechtsnatur eines Instituts „in Doktrin und Praxis sehr umstritten" ist (57.87). Verfassungsgemäß ist ein Entscheid, der der überwiegenden Meinung der Wissenschaft folgt (43.2).

Der wissenschaftlichen Ansicht geht das Gesetz vor und es geht nicht an, von verschiedenen *umstrittenen wissenschaftlichen Begriffen*, von denen keiner allgemeine Anerkennung genießt, einen herauszuwählen und dessen Sinn dem vom Gesetz gebrauchten Begriff unterzulegen, „ohne sorgfältig nach dem ganzen Inhalt des Gesetzes zu prüfen, was dieses damit sagen will" (47.472). Nur wenn aus dem Gesetz selbst kein klarer Begriff hervorgeht und es überhaupt in der betreffenden Frage keinen allgemein gültigen Begriff gibt, der dem Gesetze zu unterstellen wäre, kann dieser ohne Willkür „in Anlehnung an eine vielfach anerkannte Definition der Theorie bestimmt" werden (37.480). Aber auch das ist keine zwingende Regel, besonders wenn sich die angeführten Vertreter der Wissenschaft wohl in dem geltend gemachten Sinn aussprechen, aber aus ihren Ausführungen sich ergibt, „daß ihre Auffassung nicht allgemein anerkannt ist" (51.11).

6. Von geringerer Bedeutung sind die folgenden Gründe, die zur Rechtfertigung von Auffassungen noch herangezogen werden

[17]) Vgl. auch 57.372.

können. Wenn das Gesetz keine klare Regel aufstellt, so kann eine bestimmte Lösung auch „aus Gründen der *Billigkeit*" gewählt werden (29.136). Erheben sich gegen eine Auslegung gewisse Zweifel, so wird dieselbe vor Willkür geschützt, wenn dafür „auch noch eine Reihe von *Zweckmäßigkeitsgründen*" angeführt wird (34.107) oder die Lösung „zumal vom praktischen Standpunkt aus vertretbar ist" (30.259). Nur gegenüber offenbaren Gesetzwidrigkeiten können nach konstanter Praxis bloße Zweckmäßigkeitsgründe nicht als Rechtfertigung eines Entscheides gelten (22.723). Den willkürlichen Charakter einer Auffassung können „considérations d'ordre pratique" nicht beheben (50.14); und auch die Mühe, die eine Lösung den staatlichen Beamten verursacht, ist kein genügender Grund, zweifellose Ungerechtigkeiten zu schützen (53.194).

7. Endlich sind im Steuerrecht häufig Entscheidungen, die sich „nicht nach sachlichen Gründen aus dem Gesetz ableiten lassen, sondern nur aus *fiskalischen Rücksichten* erklären", die bei der Anwendung der Gesetzesbestimmungen nach deren ratio keine Rolle spielen dürfen und somit die betreffenden Rechtsanwendungsakte als willkürlich erscheinen lassen (47.12) [18]).

* * *

Wie sich nun die dargestellten, vom Bundesgericht ausgebildeten allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Willkürfrage in den einzelnen Fällen auswirken, ist im nächsten Kapitel zu zeigen.

---

[18]) Vgl. auch 34.197, 39.9.

III. Kapitel

Einzelne Fälle der Rechtsprechung des Bundesgerichtes.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtes in der Frage willkürlicher Rechtsanwendung sind, wie schon aus dem vorhergehenden Kapitel ersichtlich ist, sehr zahlreich [1]) und betreffen die gesamte kantonale Justiz und Verwaltung. Im Folgenden sind nun diejenigen Rechtsgebiete näher behandelt, in denen die Willkürbeschwerde von besonderer Bedeutung ist: vorab das allgemeine Staats- und Verwaltungsrecht (§ 5), speziell das Steuerrecht (§ 6), dann das Strafrecht (§ 7) und endlich das Prozeßrecht mit Einschluß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes (§ 8). Die Urteile, die sich auf die Anwendung von Zivilrecht beziehen, sind nicht mehr angeführt, da sie zumeist schon zur Sprache gekommen sind [2]).

Die Darstellung der Kasuistik innerhalb der einzelnen Abschnitte ist nun insoweit mangelhaft, als sie wegen der im Verhältnis zur Größe der einzelnen Rechtsgebiete doch geringen Zahl von einschlägigen Erkenntnissen, nicht immer streng systematisch, sondern gelegentlich sprunghaft und zusammenhanglos ist [3]).

Die Uebersicht über die einzelnen Fälle soll dadurch erreicht werden, daß jeweils in kleinern Gruppen eine Anzahl meist nicht sehr eng verknüpfter, aber doch in einem größern Rahmen zusammenhängender Fragen dargestellt werden. Urteile, die ausschließlich die Auslegung und Anwendung bestimmter kantonaler Gesetzesbestimmungen betreffen, ohne von grundsätzlicher Bedeutung zu sein, sind nicht berücksichtigt.

---

[1]) Das gilt überhaupt, wie speziell auch für die hier ja allein berücksichtigten, in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen.

[2]) Vgl. oben S. 22, Anmerkung 4, oben S. 26 (41.3) und oben S. 27 (56.448); ferner 57.371, 50.274 und 40.269.

[3]) Dadurch sind alle Darstellungen dieser Art (oben S. 15, Anmerkung 44) charakterisiert, wie schon Curti, 52, richtig bemerkt hat.

§ 5. Willkür im allgemeinen Staats- und Verwaltungsrecht.

I. Allgemeine Grundsätze.

Die vom Bundesgericht in seiner Willkürpraxis für das allgemeine Staats- und Verwaltungsrecht ausgebildeten allgemeinen Regeln können in vier Gruppen zusammengefaßt werden.

1. Willkürlich ist vor allem die Verletzung des aus der BV sich ergebenden (12.244) Grundsatzes der *Gewaltentrennung,* welcher ja gerade aus dem Ringen um gesicherte Rechtsstellung des Bürgers gegen staatliche Willkür entstanden ist[1]). Weder die Parteien noch die Behörden haben die „Macht, die auf der verfassungsmäßigen Gewaltentrennung beruhenden Kompetenzgrenzen zu verschieben" (24.427).

Willkürlich ist einmal der „Uebergriff der vollziehenden in das Gebiet der gesetzlichen Gewalt", beispielsweise die grundsätzliche Weigerung, Jugendvorstellungen in Lichtspieltheatern zu gestatten, während das einschlägige Gesetz solche unter gewissen Bedingungen zuläßt und die Jugendlichen nur von den gewöhnlichen Vorstellungen ausschließt (48.476). Es ist hingegen keine Verletzung der Gewaltentrennung, wenn die Frage der grundsätzlichen Auferlegung der Verpflichtung an ein Gemeindeelektrizitätswerk, mit Eigentümern von in der Gemeinde liegenden Grundstücken ein Abonnement einzugehen, durch die Verwaltungsbehörden entschieden wird (42.184)[2]).

Unzulässig ist anderseits der „Uebergriff der Verwaltungsbehörden in das Gebiet der richterlichen Gewalt" (43.2); so das Urteilen einer Schatzungskommission für das Expropriationsverfahren in einer reinen Zivilsache (Bereicherungsentschädigung für freiwilligen Verzicht einer Gemeinde auf ein ihr zukommendes Reistrecht an der Bahn, 22.991) oder die Konfiskation einer Waffe durch die Verwaltungsorgane, während diese — im Gegensatz zur provisorischen Beschlagnahme — nur durch gerichtliches Urteil verfügt werden kann (47.131). Willkürlich ist es auch, wenn ent-

---

[1]) Ruck: Staatsrecht, 117.
[2]) Vgl. auch 29.271.

gegen dem kantonalen Recht, wonach die Verheimlichung steuerbaren Einkommens als strafbare Steuerhinterziehung durch die Gerichte zu beurteilen ist, eine solche Verheimlichung auf dem Wege der einfachen Nachbesteuerung berichtigt wird (46.90). Wohl aber kann eine Administrativbehörde als entscheidendes Organ in Steuersachen über eine zivilrechtliche Vorfrage (Gültigkeit einer besteuerten A.-G., 32.632) urteilen. Auch bedeutet es eine zulässige Einschränkung der rechtsprechenden Gewalt, wenn ein Kantonsratsbeschluß über die Gründung einer Kultusfilialgemeinde als für den Richter verbindlich angenommen wird, obwohl es sich bei dem Beschluß um einen bloßen Verwaltungsakt handelt (31.568).

2. Wie das Bundesgericht im Jahre 1908 ausführte, gilt der Grundsatz von *Treu und Glauben* auch für publizistische Rechtsverhältnisse (34.28). Die bezüglichen Entscheide sind unter dem Einfluß und zum Teil unter ausdrücklichem Hinweis (34.206) auf den Art. 2 des damals gerade angenommenen ZGB zustandegekommen. Es widerspricht danach diesem Elementargrundsatz, „der doch auch für das Verhältnis der Verwaltung zum Publikum gelten sollte, wenn eine Behörde die Besteuerung einer Person absichtlich unterläßt, um ihr oder ihren Erben dann nachher die fünffache Nachsteuer wegen unrichtiger Besteuerung aufzuerlegen" (34.625).

Willkürlich ist es auch, wenn eine Nachsteuer von solchen Aktiven verlangt wird, von denen der Erblasser des Steuerpflichtigen jahrelang im Glauben belassen wurde, der betreffende, im Ausland befindliche Vermögenskomplex sei in der Schweiz nicht steuerpflichtig (36.566).

3. Für das Verwaltungsrecht im besondern gilt der Rechtsgrundsatz der *gesetzmäßigen Verwaltung*, wonach die Verwaltungsorgane bei ihrer Tätigkeit sich an das Gesetz zu halten haben und sich innerhalb der von diesem gezogenen Schranken bewegen müssen (51.147). Jede Verwaltungshandlung bedarf einer gesetzlichen Grundlage (40.270), ganz besonders die den Bürger belastenden Verwaltungsakte (65.300) und unter diesen in erster Linie diejenigen, die seine individuelle Freiheit beschränken. Gerade in letzterer Hinsicht hat der Verwaltungsbeamte strikte das Gesetz zu befolgen. „Enthält das Verwaltungsrecht keine Beschränkung der individuellen Betätigung, so besteht eben Freiheit"; eine Auslegung darf nicht über das Gesetz hinausgehen und eine im Zivil-

recht ja vorkommende Lückenausfüllung (46.299) ist im Verwaltungsrecht grundsätzlich nicht gestattet (46.215), wie auch die Auslegung, die den Gesetzeswillen im Wege der Verwaltungspraxis ergänzt, nicht zulässig ist (52.290).

4. Der für gerichtliche Urteile geltende Grundsatz der *materiellen Rechtskraft* darf auf bloße Verwaltungsverfügungen nicht ausgedehnt werden (67.72); soweit nicht positive Vorschriften entgegenstehen, kann eine Verwaltungsverfügung ohne weiteres durch eine andere ersetzt werden (43.2). Gleichgültig ist dabei, ob es sich um bloße Abänderungen (43.246) [3]) oder um eigentliche Rückgängigmachungen handelt, die sowohl bei veränderter Sachlage (50.382) als auch bei der Feststellung möglich sind, die Verfügung (Bewilligung) sei trotz Fehlens gesetzlicher Erfordernisse erlassen worden (48.73).

Auch die *formelle Rechtskraft* von Verwaltungsverfügungen ist nicht so stark wie diejenige der Urteile. Ohne Willkür kann gegen einen formell rechtskräftigen Entscheid einer Verwaltungsbehörde wegen Kompetenzüberschreitung eingeschritten werden (30.621).

II. Gemeindeorganisation, politische Rechte, Expropriation.

1. Wenn die Autonomie einer *Gemeinde* gesetzlich gewährleistet ist, so ist die Aufhebung eines Gemeindebeschlusses durch die Aufsichtsbehörde willkürlich, nur weil der Beschluß die nach den Umständen angemessenere von zwei im Gesetz vorgesehenen Lösungen abgelehnt hat (46.384). Unzulässig ist auch die Besserstellung der außerehelichen Kinder gegenüber den ehelichen in Bezug auf den Eintritt ins Korporationsbürgerrecht ihrer Eltern (51.91). Statthaft ist jedoch die grundsätzliche Auferlegung der Verpflichtung an ein Gemeindeelektrizitätswerk, mit dem Eigentümer eines in der Gemeinde liegenden Grundstückes ein Abonnement einzugehen (42.184).

2. Das allgemeine Verbot der Willkür gilt auch für die Handhabung der Gesetze, welche die *politischen Rechte* betreffen (57.193).

Es geht nicht an, eine Wahl in einem andern, als dem gesetzlich hiefür vorgesehenen Verfahren vorzunehmen (Urnenwahl statt

[3]) Vgl. auch 55.71.

Wahlversammlung, 42.55); wohl aber kann eine Abstimmung aufgehoben werden, trotzdem die Zahl der als ungültig nachgewiesenen Stimmen das Abstimmungsergebnis nicht zu beeinflussen vermag (49.23). Die Auslegung eines Wahlgesetzes, wonach eine an Sonn- oder Feiertagen auslaufende Referendumsfrist nicht mehr auf den folgenden Werktag ausgedehnt wird, kann vom Standpunkte des Art. 4 BV nicht angefochten werden (49.236). Es ist auch kein Akt der Willkür, wenn ein Großratsbeschluß die nächste Sitzung auf den zweitfolgenden Tag festsetzt, statt, wie das Reglement vorschreibt, frühestens auf den drittfolgenden Tag (48.249). Und schließlich wird auch die Stellung des Volkes als Kreationsorgan nicht verletzt, wenn die Regierung einen vom Volke gewählten Beamten wegen Unfähigkeit oder Unwürdigkeit absetzt (49.223).

3. Die *Expropriation* in einem bloß allgemeinen öffentlichen Interesse, beispielsweise wegen Heimatschutz (53.147), ist im Hinblick auf BV 4 nicht anfechtbar und es kann aus dem gleichen Grunde eine Liegenschaft, für welche bereits ein Bebauungsplan genehmigt worden ist, enteignet werden (41.487). Keine Willkür liegt in der Annahme, das Bestehen von Kirchenortsrechten verstoße gegen das öffentliche Wohl im Sinne eines Expropriationsgesetzes; es handelt sich dabei um die Abschaffung von Vorrechten ähnlich denjenigen von BV 4, Absatz 2.

III. Polizeiverwaltungsrecht.

Zahlreiche Beschwerdefälle betreffen das Polizeiverwaltungsrecht, im Besondern das Gewerberecht, wobei neben Willkür regelmäßig noch Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31) behauptet wird.

1. Bei Anwendung der *Wirtschaftsgesetzgebung* ist die Unterstellung eines Klubs, der für seine Mitglieder eine Wirtschaft betreibt, unter das kantonale Wirtschaftsgesetz, nicht zu beanstanden (44.146); unzulässig aber wäre es, grundsätzlich den Beamten die Verpachtung einer Wirtschaft zu untersagen, wenn das einschlägige Gesetz denselben nur verbietet, „eine Wirtschaft selbst zu betreiben oder auf ihre Rechnung durch eine Drittperson betreiben zu lassen“ (32.253).

Die für die Erteilung des Wirtschaftspatentes oft maßgebliche Bedürftigkeitsfrage kann ohne Verletzung von BV 4 bei Ueber-

tragung oder Erneuerung des Patentes geprüft werden, auch wenn eine solche Prüfung nur bei Neuerteilung vorgesehen ist (63.5). Anderseits kann ein Patent auch erteilt werden, wenn der gesetzliche Bevölkerungsquotient nicht erreicht ist, wohl aber besondere örtliche Verhältnisse, wie beispielsweise die Verköstigung einer großen, aus der Umgebung stammenden Arbeiterschaft vorliegen (34.474).

Durchaus sachgemäß ist die Haftbarmachung der Bahn für die Patenttaxen der in ihren Zügen betriebenen Wirtschaften (24.192). Auch der Entzug des Patentes vor Ablauf der Patentdauer, weil das Patent irrtümlich — trotz Fehlens gesetzlicher Erfordernisse — erteilt worden ist (48.43) [4]) und die Subsumierung von Kleinhandelsbestellungen unter den patentpflichtigen Kleinhandel gebrannter Wasser (39.562) sind vom Willkürstandpunkte aus nicht zu beanstanden.

2. Die unentgeltliche Kolportage religiöser Schriften kann der kantonalen Hausiergesetzgebung unterstellt werden (39.22). Auch geht es sehr wohl an, die Verbreitung religiöser Schriften im Umherziehen gegen Annahme freiwilliger Gaben (56.435) und den „fliegenden Verkauf" mit fahrplanmäßig Waren feilhaltenden Autos (57.100) als patentpflichtig zu erklären. Ebenso kann der Zeitungsverkäufer dem Hausiergesetz unterworfen werden, gleichgültig, ob es sich um Verkauf durch Umherziehen von Wirtschaft zu Wirtschaft oder um Feilbieten auf Straßen und Plätzen handelt (58.227). Der Begriff des Hausierens erfordert nicht ein stetes Wandern. Auch eine zeitweilige Einrichtung einer Einkaufsstelle außerhalb des Geschäftssitzes kann unter den Begriff des Hausierens subsumiert werden, obwohl dieser vom Gesetz als „Gewerbebetrieb im Umherziehen" umschrieben wird (42.253).

Keine Willkür liegt endlich in der Verweigerung des Hausierpatentes wegen Gefährdung des religiösen Friedens bei judenfeindlicher Hetze (58.228).

3. Der Unterstellung der *Kinematografen* unter den Gewerbebetrieb eines kantonalen Gesetzes steht BV 4 nicht im Wege (40.174). Der Ausschluß jüngerer Kinder von den grundsätzlich zugelassenen Jugendvorstellungen ist wohl möglich, auch wenn das Gesetz eine solche Unterscheidung von Jugendlichen und jüngern Kindern nicht kennt (51.39) [5]).

---

[4]) Vgl. oben S. 49.
[5]) Vgl. aber 48.476: oben S. 47.

4. Der Begriff des *unlautern Wettbewerbes* setzt wohl eine Schädigung des Konkurrenten voraus, die aber nicht notwendigerweise beabsichtigt zu sein braucht (59.266). Der Bekämpfung des illoyalen Geschäftsgebarens dienen die polizeilichen Bestimmungen über die Ausverkäufe.

Als *Ausverkauf* gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die zeitlich beschränkte Verkaufsgelegenheit zu außergewöhnlichen, reduzierten Preisen. Hiebei spielt es keine entscheidende Rolle, ob die Preisreduktion wirklich eingetreten ist oder ob nur die diesbezüglichen Ankündigungen diesen Eindruck erwecken (38.433). Das Bundesgericht schritt mehrfach wegen Willkür ein, da sich die betreffenden Tatbestände trotz weitester Auslegung nicht ohne erheblichen Zwang unter den Begriff des Ausverkaufs bringen ließen, nämlich ein Verkauf zu Fabrikpreisen (39.207) und die Gewährung eines dauernden Rabattes (52.289). Auch die Ausdehnung der Patentpflicht auf die Bekanntmachung außerkantonaler Ausverkäufe im Kanton verstößt gegen BV 4 (46.213).

Zulässig ist es anderseits, einen „Verkauf von Heeresbeständen der amerikanischen Armee" in einem eigens dazu gemieteten Gasthofsaal als patentpflichtigen Ausverkauf zu behandeln (46.333) und die Totalausverkaufsbewilligung zu verweigern, wenn ein Teilhaber der bisherigen Firma unmittelbar anschließend am gleichen Ort das Geschäft neu eröffnet (55.69). Auch gegen die nachträgliche Behandlung als Räumungsausverkauf eines zu Unrecht bewilligten Totalausverkaufs (55.71) oder gegen die nachträgliche Besteuerung als Teilausverkauf eines irrtümlich bewilligten Totalausverkaufs (43.246) ist nichts einzuwenden.

5. Zum Schutze des Publikums unterstehen zahlreiche Berufe einer strengen polizeilichen Aufsicht, wobei in erster Linie die kantonale Hoheit maßgeblich ist (53.112). Von besonderer Bedeutung sind hier die *wissenschaftlichen Berufsarten.*

Etwas mißlich, aber noch nicht verfassungswidrig, ist die Ausschließung eines seit Jahren als Zahnarzt tätigen Zahntechnikers vom Zahnarztberuf, weil er, obwohl vom zuständigen Aufsichtsarzt geduldet, die Berufsausübungsbewilligung nicht besaß (56.324). Unzulässig ist dagegen die Auslegung einer Bestimmung, wonach nur patentierte Apotheker eine Apotheke errichten oder ihr vorstehen dürfen, dahin, daß unter Androhung der Schließung der Apotheke der Verkauf derselben verlangt wird, obwohl auch anderswie den gesetzlichen Erfordernissen Genüge geleistet werden

könnte, so durch Weiterführung der Apotheke auf Rechnung der Witwe durch einen patentierten Verwalter (45.141).

Insofern nicht die *Massage* zur Heilung, Ausbildung und Verschönerung des Körpers dient, sondern zum Zwecke der Heilung von Krankheiten, kann sie ohne Willkür der „Heilkunde" im Sinne eines Sanitätsgesetzes unterstellt werden (50.81). Wird unter dem Deckmantel des Masseurberufes die den patentierten Aerzten vorbehaltene Tätigkeit ausgeübt, so kann der Masseurberuf dem Betreffenden untersagt werden (43.29). Erst recht zulässig ist es, die Bewilligung zur Ausübung dieses Berufes, die über ihr eigentliches Ziel hinausgeht, nur unter ärztlicher Kontrolle zu gestatten (50.85). Im gleichen Sinne ist auch die Verweigerung der Berufsausübungsbewilligung für Chiropraktik an Nichtärzte möglich (56.5).

Mit dem Schutze des rechtssuchenden Publikums ist es wohl zu begründen, einen dem Strafrichter überwiesenen *Anwalt* vorübergehend in seiner Tätigkeit einzustellen, auch wenn die eingeklagte Handlung nicht die Ausübung seines Anwaltsberufs betrifft und seine Schuld noch nicht bewiesen ist (46.319). Ferner kann einem vorbestraften Inhaber eines Anwaltspatentes die Ausübung seines Berufes verweigert werden, wenn der Bewerber nicht durch längere, tadellose Pflichterfüllung in einer Vertrauensstellung den Nachweis der moralischen Festigkeit erbracht hat (41.390).

Um die Allgemeinheit nicht der Gefahr von Verwechslungen auszusetzen, ist das Verbot gegenüber den patentierten Geschäftsagenten, die Bezeichnung „Rechtsagent" zu führen, wohl angebracht (49.489). Etwas rigoros, aber noch nicht willkürlich erscheint die Ausdehnung des Verbotes der Prozeßführung durch Nichtanwälte auf die Einreichung eines Fristerstreckungsgesuches (38.451). Schließlich kann auch, mangels einer entgegenstehenden Bestimmung, eine kantonale Gebührenordnung für Rechtsanwälte als Zwangstarif erklärt werden (66.58).

Mit BV 4 ist es wohl vereinbar, einem Zahnarztgehülfen die Führung des schwindelhaften *Doktortitels* der „Oriental University" in Washington zu verbieten (47.137) und die Führung des Titels „Professor" zu untersagen, auch wenn das ausländische (Musik-) Diplom den Träger im betreffenden Lande (Italien) zur Titelsführung berechtigt (50.165).

6. Zur Polizeiverwaltung gehört auch die Aufsicht über die Benutzung von *Straßen und öffentlichen Anlagen.* Zulässig ist es

hier, die Vorschrift, wonach öffentlicher Grund und Boden nur gegen Entgelt für Privatzwecke benutzt werden kann, auf fahrplanmäßig Waren feilbietende Automobile anzuwenden (53.17) und einem Händler die dauernde Benutzung einer öffentlichen Straße ohne besondere Bewilligung zu verbieten (52.85).

Die Nichtzulassung eines Antischützenfestplakates an öffentlichen Anschlagstellen in der Hauptstadt des festgebenden Kantons kann zweifellos wohl begründet werden, wenn das einschlägige Gesetz ein Verbot vorsieht für Plakate, deren Inhalt Anstoß erregt oder zur Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung Anlaß bieten kann (51.307). Auch das polizeiliche Verbot der Aufstellung hohler Grabdenkmähler aus Zinkblech läßt sich sehr gut vertreten (48.241).

7. Von besonders großer Bedeutung ist nun für die Willkürbeschwerde das Gebiet der *Finanzverwaltung,* weshalb die hieher gehörenden Fälle in einem besondern Paragraphen zusammengestellt sind.

§ 6. Willkür im Steuerrecht.

I. Allgemeine Grundsätze.

Für das Steuerrecht als Teilgebiet des Verwaltungsrechts gelten in erster Linie die bereits dort angeführten allgemeinen Richtlinien[1]). Von besonderer Bedeutung ist im Steuerrecht der aus dem Wesen des Rechtsstaates zu folgernde Grundsatz der *gesetzmäßigen Verwaltung,* wonach jeder Steueranspruch einer gesetzlichen Grundlage benötigt und nur im gesetzlichen Verfahren eingetrieben werden darf (33.700). Willkürlich ist daher die ausnahmsweise Anwendung der für die Staatssteuer geltenden Regeln auf die Gemeindesteuer (7.210) oder die Veranlagung einer Gemeindesteuer nach dem Staatssteuergesetz (39.339). Weil das Steuerrechtsverhältnis als Obligation des öffentlichen Rechts immer auf Gesetz beruht, können die Steuerbehörden bei Aenderung der Gesetzgebung von einem Steuerabkommen — entgegen einem anderslautenden Versprechen — abgehen (57.358).

Mit der Frage der gesetzlichen Grundlage aller Verwaltungshandlungen hängt auch die häufig umstrittene *rückwirkende Anwendung von Steuergesetzen* zusammen. Das Bundesgericht prüft

[1]) Oben S. 47 ff.

allerdings nicht die Richtigkeit intertemporaler Fragen (29.419) [2]), schritt aber mehrfach wegen Willkür ein. So kann der fideikommissarische Nacherbe nicht zur Versteuerung des Vermögensüberganges vom Erblasser auf den Fiduziar herbeigezogen werden, wenn derselbe seinerzeit in Ermangelung eines diesbezüglichen Gesetzes keine Steuern entrichtet hat (34.195). Unzulässig ist auch die Eintreibung einer Kriegsgewinnsteuer lange nach Ablauf des Zeitraums, für welchen sie veranlagt wurde, ferner der Kriegsgewinn ohne Verschulden des Pflichtigen wieder verloren gegangen ist und die Bezahlung der Steuer den Bestand des Unternehmens in Frage stellt (48.18); ebenso unstatthaft ist die Belastung einer Grundbuchvormerkung, zu deren obligatorischen Anmeldung eine gesetzliche Frist gesetzt und auch eingehalten wurde, mit einer Verkehrssteuer, welche erst nach Ablauf der Anmeldefrist, aber vor Eintrag der Vormerkung im Grundbuch eingeführt wurde (48.542). Es ist indessen — auch ohne gesetzliche Grundlage — nicht ausgeschlossen, ein Wertzuwachssteuergesetz auf ein Jahr vor Erlaß anzuwenden, sofern die Rückwirkung mäßig und von sachlichen Erwägungen gestützt ist (47.15).

Bei angeblichen *Kompetenzüberschreitungen* kantonaler Steuerbehörden ist das Bundesgericht sehr zurückhaltend (30.500) [3]); es anerkennt sogar die Kompetenzausscheidung im Wege der Analogie (30.242) und nimmt nur Willkür an, wenn wirklich klare Kompetenzbestimmungen verletzt worden sind (50.23).

Wichtig für die Kasuistik im Steuerrecht ist noch die durchwegs zu machende Feststellung, wonach das Bundesgericht immer dann Willkür verneint, wenn die angefochtene Auslegung und Anwendung von Steuervorschriften mit seiner Rechtsprechung über BV 46 *(Doppelbesteuerung)* im Einklang steht.

Im Gebiete der Finanzverwaltung sind die Willkürbeschwerden sehr zahlreich. Weil die kantonale Steuergesetzgebung lange Zeit hindurch rückständig war und die veralteten Gesetze dem steigenden Finanzbedarf nicht mehr genügten, kam es häufig vor, daß sich die Steuerbehörden im Bestreben, ein für den Fiskus günstiges Resultat herbeizuführen, einfach über die Gesetzesschranken hinwegsetzten. Demzufolge hatte das Bundesgericht recht oft gegen krasse Willkürakte einzuschreiten; denn *fiskalische Interessen*

[2]) Vgl. auch 49.481.
[3]) Vgl. auch 36.539.

sind kein Rechtfertigungsgrund für offenbare Gesetzesverletzungen [4]).

Die Darstellung der einzelnen Fälle gliedert sich nach den Hauptgebieten der Steuerrechtssystematik [5]). Die Mehrzahl der Entscheidungen betrifft das materielle Steuerrecht, also subjektive (Ziff. II), objektive (Ziff. III) und konstitutive Seite (Ziff. IV) des Steuerrechtsverhältnisses, während die Willkürbeschwerde im formellen Steuerrecht (Ziff. V) von geringerer Bedeutung ist.

II. Materielles Steuerrecht: subjektive Seite des Steuerrechtsverhältnisses.

1. Die *Steuerhoheit* ist ein Ausfluß der Gebietshoheit, weshalb grundsätzlich nur das als Steuerobjekt behandelt werden kann, was der Gebietshoheit unterworfen ist. Willkürlich ist daher die Auferlegung einer kantonalen Stempelsteuer hinsichtlich einer Quittung, die nicht im Kanton ausgestellt, sondern hier nur dem Schuldner übergeben wurde (39.316); wohl aber zulässig ist die Besteuerung des Gewinns aus Liegenschaftshandel im Kanton, trotzdem der Steuerpflichtige nachträglich den Kanton verlassen hat (40.218).

2. Das Korrelat zur Steuerhoheit ist die *Steuerpflicht,* die in erster Linie vorliegt, wenn ein Individuum in seiner Person der Gebietshoheit eines Gemeinwesens unterworfen ist. Eine solche, vorab durch den Wohnsitz vermittelte *persönliche Steuerzugehörigkeit* ist aber bei einer Person, die seit Jahren nicht einen einzigen Tag im Kanton wohnte, nicht gegeben (36.359) und liegt auch nicht vor bei einer Minderjährigen, die angeblich im Kanton unter vormundschaftlicher Verwaltung steht, deren Vater aber im Ausland Wohnsitz hat (35.12). Doch kann ein Kuraufenthalter, dessen mindestens drei Monate dauernder Aufenthalt nicht von vornherein zeitlich beschränkt erscheint, als Kantonseinwohner besteuert werden (43.11).

Die *wirtschaftliche Steuerzugehörigkeit* kann nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen Platz greifen (26.174). Wenn ein Steuersubjekt nicht mit seiner Person, sondern mit gewissen wirtschaftlichen Interessen der Steuerhoheit untersteht, so

---

[4]) Oben S. 45.

[5]) Vgl. hiezu und zur Steuerrechtsterminologie überhaupt Blumenstein: Schweizerisches Steuerrecht.

braucht nicht auf den zivilrechtlichen Wohnsitz der natürlichen oder juristischen Personen abgestellt, sondern es kann der Ort, wo die Geschäftstätigkeit ausgeübt wird, als maßgebend bezeichnet werden (50.102).

Wirtschaftlich zugehörig ist in der Regel der auswärts Wohnende, der im Kanton eine Liegenschaft besitzt oder ein Geschäft betreibt (30.488). Als solches gilt jeder Betrieb, der sich vermittelst ständiger Anlagen oder Einrichtungen vollzieht (40.74); es genügt beispielsweise der Bestand eines Lagers für Muster und pressante Bestellungen (39.545). Auch die Besteuerung von außer Kantons wohnenden Verwaltungsräten für ihre Tantiemen aus innerkantonalen Aktiengesellschaften ist zulässig (51.97). Sogar einzelne Ereignisse des Rechtsverkehrs (Liegenschaftshandel) genügen zur Begründung wirtschaftlicher Steuerzugehörigkeit (40.218).

a) Die Frage des *Trägers der Steuerpflicht* ist oft umstritten, da versucht wird, die unangenehme Steuerpflicht zu umgehen. Vorerst gilt hier der Grundsatz, daß „mehr auf die wirtschaftliche Bedeutung als auf die rechtliche Erscheinung der Tatsachen abgestellt werden soll" (45.26) [6]). Deshalb kann ohne Willkür derjenige als steuerpflichtiger Grundeigentümer bezeichnet werden, der wohl nicht eingetragener Grundeigentümer ist, der aber wirtschaftlich die Stellung eines solchen hat (41.368). Somit kann der wirtschaftliche Eigentümer eines Grundstückes besteuert werden, obwohl im Grundbuch eine — zum Zwecke der Erlangung niederer Besteuerung des Liegenschaftsbesitzes gegründete — Aktiengesellschaft eingetragen ist (30.243) [7]). Zulässig sind ferner die Subsumtion der Aktiengesellschaften unter den Begriff der steuerpflichtigen „Korporationen" eines ältern Steuergesetzes (35.28) und die Besteuerung eines ausländischen Erwerbsunternehmens für seine Niederlassung im Kanton, wenn diese nach außen als selbständige A.-G. erscheint, intern aber eine von der vertretenen Unternehmung völlig abhängige Generalagentur ist (46.183).

Weder die Behandlung der Erbengemeinschaft als besonderes Steuersubjekt und die Vollstreckung des Steuerentscheides nach der Erbteilung gegen jeden Erben „in solidum" (48.134) noch die Auffassung, nur juristische Personen mit konfessionellem Charakter müßten Kultussteuern zahlen (37.20) können beanstandet werden.

---

[6]) Vgl. auch 46.234, 50.102, 52.280.
[7]) Vgl. auch 32.633.

b) Aus der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechtsgleichheit läßt sich der das ganze moderne Steuerrecht beherrschende Grundsatz der *Allgemeinheit der Steuern* herleiten. Danach ist es beispielsweise willkürlich, im Widerspruch zu Gesetz und Verfassung das Einkommen der festbesoldeten Beamten und Angestellten zu besteuern, ohne gleichzeitig auch das Einkommen aus Handel und Gewerbe zur Besteuerung heranzuziehen (38.34).

c) Das Prinzip der Allgemeinheit der Steuern läßt jedoch auch *Ausnahmen von der subjektiven Steuerpflicht* zu. Indessen ist die extensive Auslegung dahinzielender Vorschriften doch unstatthaft (47.474), z. B. die Ausdehnung der Steuerbefreiung staatlichen Vermögens von direkter Besteuerung durch eine Wertzuwachssteuer, die vom Gesetz ausdrücklich als indirekte Steuer bezeichnet wird (47.469). Hingegen ist es im Hinblick auf BV 4 wohl möglich, die für den Staat aufgestellten Steuerbefreiungsvorschriften auf die selbständigen staatlichen Anstalten (Kantonalbank 57.86) anzuwenden und ein Gemeindeelektrizitätswerk als eine der „Gemeindepolizei" dienende Einrichtung von der Staatssteuerpflicht auszunehmen (41.357).

Viel häufiger wird allerdings allzu restriktive Interpretation von Steuerbefreiungsvorschriften behauptet, in welchem Falle das Bundesgericht regelmäßig nicht Willkür annimmt. So ist die Einschränkung der Steuerbefreiung öffentlichen Grundbesitzes, der öffentlichen Zwecken dient, auf denjenigen, der nur der Substanz, nicht aber dem Ertrag nach solchen Zwecken dient, statthaft (57.90). Auch die Auslegung einer Vorschrift zur Befreiung von Kirchen und Pfarrhäusern von der Steuerpflicht, wonach diese nur in Bezug auf die Landeskirche Geltung haben soll, ist wohl denkbar (43.158) und es geht auch an, die Steuerbefreiung der Kirchengüter auf solche zu beschränken, deren Zweckbestimmung sich bereits aus objektiven Merkmalen ergibt (44.2).

Als steuerbefreite *gemeinnützige Anstalten* sollen nur diejenigen bezeichnet werden, welche ausschließlich oder überwiegend Zwecke der allgemeinen Wohlfahrt verfolgen; eine Mobiliarversicherungsgesellschaft fällt aber nicht unter diesen Begriff (34.24). Zulässig ist sogar die Aufstellung der im Gesetz nicht vorgesehenen Ausnahmen von der Steuerfreiheit gemeinnütziger Anstalten, wonach nur schweizerische (46.388) oder sogar nur kantonale (28.315) [8]) privilegiert werden. Allzu einschränkend ist jedoch die

[8]) Vgl. auch 50.3.

Auslegung eines Erbschaftssteuergesetzes, nach welchem Zuwendungen zu wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken steuerfrei sind, dahin, daß Zuwendungen an einen Verein, dessen Statuten allgemein die Förderung gemeinnütziger und wohltätiger Bestrebungen als Vereinszweck nennen, nicht befreit sein sollen (47.9). Eine Arbeiterfürsorgestiftung kann von der Steuerbefreiung ausgeschlossen werden, weil sie vom Stifter (Unternehmer) beherrscht wird und verpflichtet ist, ihm das Stiftungskapital darlehensweise zu überlassen (52.279). Schließlich darf auch das den Holdinggesellschaften gewährte Steuerprivileg einer A.-G., die sich als nichtgeschäftsführendes Mitglied (Kommanditärin) an einer Kommanditgesellschaft beteiligt, verweigert werden (60.6).

III. Materielles Steuerrecht: objektive Seite des Steuerverhältnisses.

1. Als steuerbares *Vermögen* dürfen weder die Ansprüche eines im Amte stehenden Beamten gegenüber seiner Pensionskasse (48.9) noch die „Markengelder" einer Rabattsparvereinigung (Entgelt für ausgegebene, noch nicht eingelöste Sparmarken, 44.108) behandelt werden. Zulässig ist aber die Auslegung einer kantonalrechtlichen Bestimmung, wonach Ausländer das Kapitalvermögen, welches sie im Kanton besitzen, versteuern müssen, dahin, daß darunter auch in ausländischen Unternehmungen investierte Gelder fallen, trotzdem die betreffenden Titel sich zufälligerweise im Ausland befinden (32.628).

Vertretbar ist ferner die Interpretation einer Vorschrift, nach der neben dem Erwerb auch die Einkünfte aus Leibrenten, Pensionen und dergleichen Nutzungen der Einkommensteuer unterliegen, in dem Sinn, daß der aus Erbrecht oder ehelichem Güterrecht hervorgehende Nießbrauch an gewissen Vermögensobjekten nicht unter diese Bestimmung fällt, sondern das Nutznießungskapital beim Nutznießer als Vermögen besteuert wird (48.259).

Die Besteuerung von Transformatorenanlagen und dazugehörenden elektrischen Leitungen als Immobilien entspricht durchaus anerkannten Rechtsgrundsätzen (30.648) und die Behandlung der Leitung eines Elektrizitätswerkes als schwellenpflichtiges Grundeigentum ist wohl möglich (48.448). Mit Erfolg ist aber die verschiedene Auslegung des Begriffs des mit dem Grundeigentum verbundenen Besitztums, je nachdem auswärtiges Besitztum von

Kantonseinwohnern oder innerkantonales Besitztum von Kantonsfremden in Frage steht, angefochten worden (36.559).

2. Ohne Willkür können als *Einkommen* behandelt werden die Ueberschüsse von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit (24.176) [9]) und der Besoldungsnachgenuß einer Witwe, auch wenn er in einem Betrage bezogen wird (38.43). Auch die freiwillig ausgerichteten Verwandtenunterstützungen dürfen als Einkommen besteuert werden (37.480), nicht aber die von einem andern Kanton gewährten Armenunterstützungen (51.2).

Grundsätzlich ist Einkommen nur der tatsächliche Ertrag und die Ausdehnung des Einkommensbegriffs durch Einrechnung vermuteter künftiger Spekulationsgewinne ist — sofern keine ausdrückliche dahingehende Vorschrift besteht — willkürlich (46.195); ebenso muß die Besteuerung des Eigentümers einer verpachteten Liegenschaft nicht nur für den wirklich bezogenen Pachtzins, sondern auch für die höhere Summe, die bei Neupachtung hätte ausbedungen werden können, vom Standpunkte des Art. 4 BV aus beanstandet werden (46.197).

Unstatthaft ist es ferner, den im Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung erzielten Grundstückgewinn als Einkommen zu besteuern (52.211) und Liquidationsgewinne unter den Begriff „Einkommen aus Handel" zu subsumieren (26.406). Schließlich ist auch der „Erneuerungsfond" einer A.-G. kein Vermögen und die Einlagen in denselben kein Einkommen, soweit dieser Fond nur eine besondere Form steuerrechtlich zulässiger Abschreibungen auf dem Anlagewert der Betriebseinrichtungen darstellt (46.395).

Zahlreiche Probleme wirft die Frage auf, ob *Rabatt, Skonto, Rückvergütungen* etc. eines Geschäftes an seine Kunden als Einkommen besteuert werden dürfen [10]). Hiebei ist grundsätzlich zwischen einfachen Erwerbsunternehmungen und Genossenschaften und zwischen dem Geschäftsverkehr zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern zu unterscheiden. Solange sich ergibt, daß die Vergütung eine Verteilung des Geschäftsergebnisses darstellt, nimmt das Bundesgericht die Subsumtion unter den Einkommensbegriff nicht als willkürlich an (27.155) [11]). Unzulässig ist erst die Anwendung der Einkommenssteuer auf Vergütungen, die sich als Geschäftskosten darstellen (53.7). Ferner wurde auch die Zu-

[9]) Vgl. auch 40.463.
[10]) Hierzu ausführlich: Burckhardt: Kommentar, 46.
[11]) Vgl. auch 30.252, 48.144.

rechnung des Betrages einer den Aktionären statutarisch gewährten Lichtpreisermäßigung eines Elektrizitätswerkes zu dessen steuerbarem Einkommen, als unstatthaft bezeichnet (45.7), was allerdings von Burckhardt[12]) kritisiert wird.

Solange das positive Steuerrecht noch keine diesbezüglichen Vorschriften enthält, bietet auch die steuerrechtliche Erfassung gewisser Vorgänge und Erscheinungen im Rechte der *Aktiengesellschaften* gewisse Schwierigkeiten. Zulässig ist die Behandlung der Umwandlung von Reserven in Aktienkapital als steuerbare Ausrichtung an die Aktionäre (49.13). Die Zurechnung des bei Aktienemission entstehenden Agios zum steuerbaren Einkommen (bénéfice net) ohne ausdrückliche dahingehende Vorschrift wurde zuerst als Willkür bezeichnet (40.153) und ein solches Vorgehen nur dann als mit BV 4 vereinbar angesehen, wenn das Gesetz diese Behandlung des Agios vorschrieb (56.231). Bei erneuter Prüfung der Frage kam aber das Bundesgericht dazu, die Besteuerung des Agios auch ohne gesetzliche Grundlage als zulässig zu betrachten (58.11).

Ferner können die vertraglich ausbedungenen Tantièmen (58.17) und die ausgegebenen Gratisaktien oder Genußscheine nach deren Wert beim Empfänger als Einkommen besteuert werden (59.56) und schließlich ist auch gegen die Erhebung der speziellen Einkommenssteuer in Form der Wertzuwachssteuer im Anschluß an eine Zwangsversteigerung nichts einzuwenden (51.356).

3. Neben Vermögen und Einkommen bestehen noch eine Reihe *anderer Steuerobjekte,* von denen namentlich die Handlungen des Rechtsverkehrs von Bedeutung sind. Die Belegung aller im Kanton errichteten Beweisurkunden, sogar aller Doppel, mit der kantonalen Stempelabgabe ist, auch wenn die Parteien ein Schiedsgericht vorsehen, zulässig (56.228); ebenso kann eine Handänderungsabgabe auf Boden- und Gebäudewert erhoben werden, wenn die Gebäude vom Erwerber selbst nach Abschluß des Kaufvertrages, aber vor der Fertigung erstellt worden sind (53.191). Unstatthaft ist dagegen die Belangung einer Person, die das Vermögen eines Verschollenen erhält, als Erbe, aber nach dem zur Zeit der Verschollenerklärung geltenden eidgenössischen Recht nicht Erbe ist (40.335). Geschützt wurden ferner eine Beschwerde wegen Besteuerung einer rechtskräftigen Schenkung ohne Rücksicht darauf, ob bei Vertragsschluß der Wille zu einer unentgeltlichen Zuwendung vorlag

---

[12]) Burckhardt: Kommentar, 47.

(65.211) und eine Beschwerde wegen Erhebung der Schenkungssteuer bei bedingter Schenkung schon vor Eintritt der Bedingung (50.12).

4. Im Gebiete der *Steuerbemessungsgrundlagen* ist die Anwendung einer bloßen Wahrscheinlichkeitsrechnung zur Bestimmung des Vermögenszuwachses kaum zu vermeiden (30.260).

a) Bei der *Vermögensbemessung* spielt vorab der *Schuldenabzug* eine Rolle. Ist dieser im Gesetz vorgesehen, so ist es mangels ausdrücklicher Vorschrift willkürlich, bei Reinvermögenssteuern den Abzug der Hypothekar- und der andern Schulden jeweils nur vom Immobiliar- bzw. Fahrnisvermögen gelten lassen zu wollen (54.4). Oft darf nach Gesetzesvorschrift der Abzug von Schulden nur gewährt werden, wenn auch das entsprechende Guthaben in der Gemeinde versteuert wird. Diese Regel darf aber nicht so ausgelegt werden, daß bei einer Gemeindesteuer der Abzug mit der Begründung verweigert wird, der Hauptsitz der Gläubigerin befinde sich in einer andern Gemeinde, trotzdem sich in der Wohnsitzgemeinde des Schuldners eine Zweigniederlassung des gläubigerischen Geschäfts befindet und ein entsprechender Anteil an der Gesamtsteuer an diese Gemeinde abgeliefert wird (49.412). Ohne gegen BV 4 zu verstoßen, können aber die Steuerbehörden zur Ermittlung des steuerbaren Vermögens den Abzug eines auf einen bestimmten Namen lautenden Hypothekartitels von der Nennung des Titelinhabers abhängig machen (63.2).

Regelmäßig dürfen *bloß buchmäßige Schuldposten,* die wirtschaftlich keiner Schuld entsprechen, ignoriert werden, besonders wenn „Gläubiger" und „Schuldner" eines nur auf dem Papier stehenden Postens identisch sind oder wenn die angebliche Schuld einer Filiale ökonomisch betrachtet Betriebskapital des Hauptgeschäftes ist (40.144). Statthaft ist demnach auch die Verweigerung des Abzuges dissimulierter, in Form von Darlehen gekleideter Gesellschaftseinlagen (40.138); ferner die Nichtabrechnung von nicht wertvermehrenden Aufwendungen vom steuerbaren Vermögen (56.82) und die Nichtberücksichtigung der Schuld eines Gemeindeelektrizitätswerkes gegenüber der Gemeinde als Passivum (47.286).

Willkürlich ist hingegen die Nichtanerkennung der mathematischen Reserve einer Versicherungsgesellschaft als abziehbares Passivum (57.77) und die Nichtanwendung des Schuldenabzuges

auf Warenschulden eines lokalen Konsumvereins gegenüber dem schweizerischen Konsumverein mit der Begründung, jener stehe zu diesem in einem ähnlichen Verhältnisse wie die Filiale zum Gesamtgeschäft (40.143). Endlich soll eine Verminderung des Anlagewertes nicht nur bei der Berechnung des steuerbaren Reineinkommens, sondern auch bei der Berechnung des steuerbaren Reinvermögens im betreffenden Jahre als Abzug berücksichtigt werden (47.282).

b) Die *Einkommensbemessung* beginnt mit der Bestimmung der steuerbaren Einkommensbestandteile, wobei nicht auf den handelsrechtlichen Einkommensbegriff abgestellt zu werden braucht, sondern es kann das Einkommen nach einem steuerrechtlichen Begriff ermittelt werden (36.213)[13]).

Grundlage der Besteuerung ist das Reineinkommen. Der Begriff „Gewinn" darf dabei nicht als Bruttogewinn statt Nettogewinn ausgelegt werden (39.4), wohl aber der Begriff „Normalgewinn" als Durchschnittsgewinn (39.3). Die Interpretation eines Gesetzes, wonach die Einkommensteuer für industrielle Unternehmungen zu basieren sei auf dem, von den Steuerbehörden nach ihrem Gutdünken einem gewissen Prozentsatze des Betriebskapitals gleichgestellten Nettoeinkommen, öffnet behördlicher Willkür Tür und Tor (37.232). Eine derartige Berechnung verstößt gegen den wichtigen Grundsatz, daß die Besteuerung sich nach der ökonomischen Kraft des Pflichtigen zu richten hat. Deshalb geht es auch nicht an, die Wasserkraft eines Elektrizitätswerkes auf einen Betrag zu veranlagen, der mit der Rendite im Mißverhältnis steht (47.285) oder die Steuerkraft eines öffentlichen Gemeinwesens als Aktivum außer Acht zu lassen (49.83).

Der *Nichtabzug der bezahlten Steuern* und Abgaben bei Berechnung des Reingewinns ist zulässig (32.310)[14]). Willkürlich ist hingegen der Nichtabzug der Vermittlungsprovision von dem als Einkommen steuerbaren Liegenschaftsgewinn (55.4) und der Nichtabzug der Zinsen der fremden Gelder einer A.-G. (39.10). Die Frage, ob Skontozahlungen an die Kunden abzugsberechtigte Gewinnungskosten sind, ist bereits erörtert worden[15]).

c) Schwierigkeiten hat gelegentlich auch die Bemessung finanzieller Vorgänge innerhalb der *Aktiengesellschaften* verursacht,

[13]) Vgl. auch 30.10, 40.156.
[14]) Vgl. auch 39.10, 47.376.
[15]) Vgl. 37.16 und oben S. 60.

so die steuerrechtliche Behandlung von Dividenden (40.466), von Bauzinsen (37.229), von Gründungskosten (37.230) und der Ueber-Pari-Einzahlungen anläßlich einer Aktienemission (40.152).

d) Von großer Bedeutung zur Ermittlung des Reineinkommens sind die *Abschreibungen,* die in erster Linie nach dem Wortlaut des Gesetzes vorzunehmen sind, wenn dabei auch gewisse nach kaufmännischen Grundsätzen gerechtfertigte Abschreibungen nicht berücksichtigt werden können (37.483). Sind nach Gesetz nur vollzogene Abschreibungen abzuziehen, so brauchen weder die Einlage in einen Reservefond (25.176) noch die durch den möglichen spätern Heimfall eines Elektrizitätswerkes bedingte Entwertung des Anlagekapitals (47.290) steuerrechtlich beachtet zu werden. Willkürlich ist dagegen der Nichtabzug der Amortisationskosten einer A.-G. (39.10) und die Nichtberücksichtigung des Unterschiedes zwischen der Abschreibung vom ursprünglichen Anlagewert des Steuerobjekts und der Abschreibung auf dessen gegenwärtigen Buchwert (45.9).

5. Die neben Vermögen und Einkommen bestehenden *andern Steuerobjekte* sind von geringerer Bedeutung.

Zulässig ist die Berechnung der Grundstücksgewinnsteuer von einem zur Abforstung gekauften und nachher weiterverkauften Waldgrundstück nach der Differenz zwischen Ankaufspreis und Verkaufspreis zuzüglich Erlös aus dem Holzschlag (47.239). Ebenso kann die Wertzuwachssteuer für ein weiterverkauftes Teilgrundstück aus dem Ankaufspreis bestimmt werden, der sich aus dem Verhältnis des Katasterwertes des Teilgrundstückes zu demjenigen des Gesamtgrundstückes ergibt (53.90). Endlich ist auch gegen die Ermittlung der Handänderungsgebühr bei Geschäftsübernahmen und Fusionen aus dem wahren Wert des Steuerobjekts, statt aus dem als Kaufpreis geltenden Buchwert nichts einzuwenden (47.3) und auch die Einrechnung des für die erworbene Kundschaft bezahlten Betrages in die handänderungspflichtige Kaufsumme für eine Mineralquelle ist zulässig (55.369). Willkürlich ist es jedoch, wenn die Brandversicherungsschatzungen schlechthin als der für die Berechnung der Gebühr maßgebende „Kaufpreis oder wahre Wert" angenommen wird (50.23) oder wenn der Wert einer Leibrente durch Zusammenzählen der Leistungen berechnet wird, die der Schuldner bis zum Tode des Rentengläubigers gemacht hat (68.5).

IV. Materielles Steuerrecht: konstitutive Seite des Steuerrechtsverhältnisses.

Im Gebiete des konstitutiven Moments des Steuerrechtsverhältnisses betreffen zahlreiche Beschwerden die *Steuernachforderungen.* Solche sind nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen (56.6) [16]) und nur nach erfolgter Steuerveranlagung (34.26) zulässig. Statthaft ist die Nachsteuerauflage auf Grund der Ergebnisse der eidgenössischen Kriegsgewinnbesteuerung unter Vorbehalt des Gegenbeweises in Bezug auf den Taxationsbetrag (47.392), nicht aber eine Nachbesteuerung ohne Beweis des objektiven Tatbestandes der Steuerhinterziehung, nur unter Vorbehalt des Gegenbeweises (47.28).

Aller Billigkeit widersprechend ist die Erhebung einer Nachsteuer, weil der Besteuerte die Konversion von Werttiteln nicht angab, die Steuer aber mehr als voll bezahlte (35.5). Zwei weitere Fälle derartiger willkürlicher Nachbesteuerung sind bereits angeführt worden [17]).

Eine Vorschrift betreffend die *Steuerrückforderung,* wonach irrtümlich bezahlte Steuern zurückverlangt werden können, darf dahin ausgelegt werden, daß darunter nur ein Irrtum bei der Zahlung, nicht aber die irrtümliche Anerkennung der Steuerpflicht im Veranlagungsverfahren falle (48.126).

Ein materielles Sicherungsmittel der Steuer ist der *Steuerverzugszins,* dessen Erhebung auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung möglich ist (51.11).

Zur Feststellung von Steuervergehen dient die *amtliche Inventarisation.* Mit der Auflage zur Einreichung eines Erbschaftsinventars darf eine Androhung verbunden werden (36.541) und die steueramtliche Inventarisation des Nachlasses darf auf Grund bloß provisorischer Prüfung der Wohnsitzfrage vorgenommen werden (48.517). Unzulässig hingegen ist die Aufforderung zur Einreichung eines Nachlaßinventars zu dem Zwecke, hinsichtlich einer eventuellen Nachsteuer Einblick in die Nachsteuerverhältnisse zu erlangen, wenn nach kantonalem Recht eine solche nur ergehen darf, sobald die Steuerpflicht feststeht (36.491).

---

[16]) Vgl. auch 33.698, 50.362.
[17]) Oben S. 48.

V. Formelles Steuerrecht.

Die *Steuerveranlagung* hat auf dem vom Gesetz vorgeschriebenen Weg zu erfolgen (34.623). Der Satz, die Veranlagung müsse, um gültig zu sein, innerhalb des Steuerjahres stattfinden oder beginnen, kann aber nicht aus BV 4 hergeleitet werden (50.146). Willkürlich ist es jedoch, bei der Steuerveranlagung auf das laufende, statt nach Gesetz auf das Vorjahr deswegen abzustellen, weil zur Zeit der Veranlagung die Bilanz des laufenden Jahres bereits vorliegt (41.86). Soweit das Gesetz keine dahingehende Vorschrift enthält, ist die Abänderung einer in Rechtskraft erwachsenen Steuerveranlagung nicht statthaft (47.366), ebenfalls nicht die Revision eines Steuerveranlagungsentscheides bloß deshalb, weil das Gesetz darin irrtümlich ausgelegt oder eine seiner Bestimmungen mißachtet worden ist (52.11). Mangels entgegenstehender Bestimmung kann aber eine zufolge unrichtiger Angaben des Taxpflichtigen falsch bemessene Ausverkaufstaxe berichtigt werden (43.246).

Im *Steuerjustizverfahren* geht es nicht an, den Beweis dafür, daß infolge besonderer Verhältnisse der Wertbetrag eines Einkommens den auf Grund gesetzlicher Vermutungen angenommenen Veranlagungs- oder Schatzungsbetrag nicht erreicht, nicht zuzulassen (46.187). Auch die Ablehnung einer Expertise über eine als irrtümlich behauptete Bilanz kann im Hinblick auf BV 4 unstatthaft sein (45.274), sofern sich das anbegehrte Gutachten nicht augenscheinlich auf nur unvollständige Bücher und Akten stützen kann (30.260).

Willkürlich ist es endlich, einen Veranlagungsentscheid dem Pflichtigen durch einfachen Brief zuzustellen und ihm den Beweis dafür zu überbinden, daß er ihn nicht empfangen habe (61.5).

§ 7. Willkür im Strafrecht.

I. Der Grundsatz: „Keine Strafe ohne Gesetz".

Das Bundesgericht hat von jeher die Verletzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege" als Willkür bezeichnet und Entscheide, die eine Mißachtung dieses Prinzips bedeuteten, aufgehoben (9.411)[1].

[1]) Vgl. auch 31.11, 58.39.

Trotzdem diese *Grundnorm des Strafrechts* nun in StGB 1 ausdrücklich ausgesprochen ist, bleibt ihre Verletzung aus dem Gesichtspunkte des Art. 4 BV immer noch anfechtbar. Es ist gerade die Aufgabe dieses Satzes, „den Bürger vor strafrichterlicher Willkür" zu schützen (27.339) [2]), denn eine Bestrafung darf nach modernen Strafrechtsgrundsätzen „nicht schon auf Grund der bloßen Ueberzeugung des Richters von der sittlichen Verwerflichkeit oder Gemeinschädlichkeit der eingeklagten Handlung" (57.274), sondern nur auf Grund einer geschriebenen Rechtsnorm erfolgen. Etwas anderes würde „eine verfassungsmäßig unzulässige Erweiterung des Kreises des strafbaren Unrechts im Wege des richterlichen Urteils" bedeuten (7.752) [3]).

Das Bundesgericht hat das Prinzip der ausschließlichen Strafbarkeit der mit Strafe bedrohten Handlungen aber immer sehr weitherzig ausgelegt und war bis zur Einführung des StGB (1.1. 1942) sogar gezwungen, davon zwei *Ausnahmen* zu machen für die Kantone Uri und Nidwalden, die bis zu diesem Zeitpunkt kein kodifiziertes Strafrecht besaßen [4]).

Im Einzelnen hat das Bundesgericht in seiner Praxis folgende Richtlinien ausgebildet:

1. Es ist eine *genügende Grundlage* für eine strafrechtliche Verurteilung, wenn der strafbare Tatbestand ohne nähere Umschreibung ganz allgemein gefaßt ist, wie das beispielsweise für den nun dahingefallenen Art. 1 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes vom 19.2.1868 zutraf, der wegen seiner weiten Formulierung [5]) zu zahlreichen staatsrechtlichen Beschwerden Anlaß geboten hat [6]). Zählt ein Strafgesetz unter einem Oberbegriff einige Tatbestände auf, so muß daraus nicht notwendigerweise geschlossen werden, die Aufzählung sei abschließend (59.267). Sogar eine Blankettstrafbestimmung, die „lediglich die Strafsanktion aufstellt, hinsichtlich der Normen, bei deren Uebertretung sie wirksam wird, aber auf andere Rechtsquellen" verweist, vermag dem Grundsatz „nulla poena sine lege" Genüge zu leisten (38.179). Auch das Vorliegen eines Gesetzes im formellen Sinn ist nicht notwendig (32.107) [7]).

[2]) Vgl. auch 32.107, 41.500.
[3]) Vgl. auch 17.431.
[4]) Vgl. für Uri 19.103, 39.42; für Nidwalden 46.206.
[5]) „Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit werden zuchtpolizeilich bestraft".
[6]) Vgl. 35.760 und dort zit. Entscheide.
[7]) Vgl. auch 41.500, 45.73.

Eine Strafe ist *gesetzlich angedroht,* „sobald sie in einem aus einer verfassungsmäßig anerkannten Quelle der Rechtssetzung stammenden Rechtssatze vorgesehen ist" (57.274). „In der Befugnis einer Behörde zur Aufstellung polizeilicher Gebote und Verbote ist beim Fehlen einer abweichenden positiven Anordnung die Kompetenz eingeschlossen, auf die Uebertretung dieser Vorschriften Strafe anzudrohen", nicht aber die Kompetenz zum Erlaß krimineller Strafbestimmungen (63.330).

Beispiele zulässiger Handhabung von Strafgesetzen, bzw. von Bestrafungen, die auch in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift keine willkürliche Verletzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege" bedeuten, sind die Annahme des Tatorts eines durch eine Druckschrift begangenen Delikts da, wo die Schrift an den Adressaten gelangt ist (36.43), die Anwendung des Komplottbegriffs auf den Tatbestand der Verbreitung strafrechtlich verbotener Schriften, wenn Verfasser, Drucker und Verleger nicht im Kanton, wo die Verbreitung erfolgte, wohnen (35.345) und die Haftbarmachung des Vertreters eines Annoncenbüros wegen Inserierung einer verbotenen Lotterieanzeige (24.439). Ferner sind im Hinblick auf BV 4 möglich die Verurteilung zur Abgabe einer Ehrenerklärung ohne nachgewiesene Schuld, weil das keine Strafe sei (16.478) und die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen einen rechtswidrigen, aber nicht angefochtenen amtlichen Befehl (33.274). Auch wegen Beleidigung einzelner Personen unter der Kollektivbezeichnung „politische Führer eines Kantons" darf eine Bestrafung erfolgen (50.216) und die Mitglieder eines Parteivorstandes können als Mittäter bestraft werden, weil auf ihren gemeinsamen Beschluß hin von einem Einzelnen, unter Mißbrauch der Pressefreiheit, der ehrverletzende Artikel verfaßt worden ist (49.265). Zulässig ist endlich die Bestrafung der Veranstalter einer offenen Versammlung wegen Störung des Verkehrs durch die Teilnehmer (53.355) und diejenige eines außerkantonalen Wertschriften-Händlers, der, ohne die kantonale Wertschriftenhandelsbewilligung zu besitzen, seine Titel in innerkantonalen Zeitungen angeboten hat (51.294).

2. *Keine genügende Grundlage* für eine strafrechtliche Verurteilung ist ein amtliches Kreisschreiben (64.67) und willkürlich ist auch die Bestrafung wegen Ungehorsams gegenüber einer Verwaltungs- oder Gerichtsverfügung, durch welche einer Person ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht gemacht wird, wenn weder das

Gesetz noch die Verfügung selbst eine entsprechende Strafandrohung enthalten (46.206).

Beispiele willkürlicher Handhabung von Strafgesetzen, bzw. willkürlicher Verletzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege" durch Bestrafung ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift sind die Androhung einer Strafe überhaupt (30.291), z. B. für den Fall der Nichthinterlegung von Schriften, die der Pflichtige schon an einem andern Orte hinterlegt hat (37.34), die Büßung wegen Nichtvornahme einer Prozeßrechtshandlung ohne die vorgeschriebene Mahnung (45.345) und die Ueberschreitung des Bußenmaximums (23.1338). Auch die Bestrafung wegen objektiv unrichtigem Handgelübde (21.323) und wegen böswilliger Nichterfüllung einer Vertragspflicht als Delikt (Behandlung der Nichtlieferung von Holz als Forstdiebstahl, 17.65), sowie die nachträgliche Einziehung einer nur beschlagnahmten Waffe (47.131) und die Erhebung einer Nachsteuer auf Grund bloß angenommener und nicht erwiesener Schuld (47.28) sind mangels ausdrücklicher Vorschrift nicht statthaft.

II. Willkürliche Auslegung von Strafgesetzen.

1. Der zweite Hauptfall verfassungswidriger Rechtsanwendung im Gebiete des Strafrechts ist die *willkürliche Auslegung von Strafgesetzen. Der* Grundsatz „nulla poena sine lege" ist nämlich nicht nur verletzt, „wenn ein Strafurteil sich auf keine Strafnorm stützt, sondern auch, wenn es auf der Anwendung einer Strafnorm beruht, welche die Grenzen der zulässigen Auslegung von Strafnormen überschreitet" (58.38). Wenn der „Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiert, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann (27.339) [8]), so macht er sich einer Willkür schuldig. Eine eindeutige Unterscheidung dieses Falles von der Verletzung des Grundsatzes „keine Strafe ohne Gesetz" ist allerdings nicht möglich [9]). Bei beiden Arten der Rechtsanwendung erfolgt eine unstatthafte „richterliche Ausdehnung des Gebietes des strafbaren Unrechts" (7.752) [10]).

---

[8]) Vgl. auch 17.431, 35.760, 39.315, 46.216.
[9]) Burckhardt: Kommentar, 44.
[10]) Vgl. auch 31.11, 35.760.

2. Vom Standpunkt BV 4 aus ist der Richter allerdings nicht gehalten, Strafrechtsnormen nur rein restriktiv auszulegen (63.276). Die moderne Doktrin hat, im Gegensatz zu früher, weniger Bedenken, unter Umständen auch im Strafrecht eine *extensive Interpretation* zu befolgen (61.211), sofern die Auslegung nicht über den Sinn des Gesetzes hinausgeht (61.428) und sich über einen bewußt zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt (42.232). Ohne Willkür kann auch der gesetzgeberische Zweck mitberücksichtigt werden (60.416). So kann beispielsweise ein Gesetz zur Aufrechterhaltung der Sonntagsruhe mit dem Verbot landwirtschaftlicher Arbeiten im Freien dahin ausgelegt werden, daß auch das Holzhacken vor dem Hause darunter fällt (20.271).

3. Wenn nun aber auch der Strafrichter sich zur Ermittlung des maßgebenden Inhalts einer Vorschrift nicht auf die Würdigung des Wortlauts zu beschränken hat, so ist doch der *Analogieschluß* im Strafrecht unstatthaft (42.232) [11]). Die „Ableitung einer an sich neuen Vorschrift aus dem Prinzip, das der bestehenden Vorschrift zu Grunde liegt" (44.213), ist keine extensive Auslegung mehr, sondern die „Schaffung eines neuen Straftatbestandes im Wege der Analogie" (58.39). „Wegen ihrer vermeintlichen Aehnlichkeit mit andern, gesetzlich als strafbar erklärten Handlungen" darf keine Bestrafung erfolgen, sonst wäre der behördlichen Willkür Tür und Tor geöffnet (57.274). Allzu extensive Interpretationen und unerlaubte Analogie können zusammenfallen, indem „durch analoge Gesetzesanwendung ein Tatbestand unter eine Strafbestimmung gestellt wird, der auch bei weitester Auslegung nicht darunter gebracht werden kann" (46.216).

4. Ein *Beispiel willkürlicher Auslegung* ist es, wenn die Beischläfer wegen Nichterfüllung ihrer vertraglich übernommenen Alimentationspflichten als „Eltern, welche ihre Familienpflichten beharrlich vernachlässigen", verurteilt werden (58.39). Für weitere Beispiele kann auf die oben angeführten Fälle der Verletzung des Satzes „Keine Strafe ohne Gesetz" verwiesen werden, da sich dieser Tatbestand von demjenigen willkürlicher Auslegung bekanntlich nicht klar trennen läßt.

Beispiele zulässiger Interpretation von Strafgesetzen sind die Bestrafung der spöttischen Beschreibung der körperlichen Erscheinung einer Frau als Beschimpfung (21.15), die Bezeichnung von

[11]) Vgl. auch 48.443.

Schriften, die Mittel wie „Liebeserreger", „Odeur de femme" oder antikonzeptionelle Mittel empfehlen als unsittlich (36.42) und die Bestrafung wegen Verletzung der Sittlichkeit im Falle der Verbreitung einer für die große Masse des Volkes bestimmten Schrift über empfängnisverhütende Mittel (35.359).

Zulässig ist es, Aeusserungen, die erst durch das Ruchbarwerden Aergernis bei weitern Kreisen erregen können, unter den Begriff der Aergernis erregenden Handlungen zu stellen (31.11). Ferner kann das Anbieten religiöser Schriften zum Kauf, wobei die Höhe des Preises ins Ermessen des Käufers gestellt wird, als Kollektieren (36.237), nicht aber als Bettel (35.689) bezeichnet werden. Auch die Subsumierung spiritistischer Künste unter das Wahrsagen (35.47) oder die Interpretation des Begriffs „Lotterie", wonach auch Prämienobligationen darunter fallen (24.440) sowie die Behandlung der Versendung von Lotterielosen außerhalb des Kantons als Ausspielen einer Lotterie (34.230) sind vom Standpunkte des Art. 4 BV aus statthaft. Und endlich kann derjenige, der vor einer polizeilichen Geschwindigkeitskontrolle warnt, wegen „Vergehens gegen die öffentliche Ordnung" (52.42) [12]) oder wegen „Störung der vorgeschriebenen Ordnung im Geschäftsgang" (54.379) bestraft werden.

III. Der Grundsatz „ne bis in idem".

Auch die Verletzung des Strafrechtsgrundsatzes *„ne bis in idem"* ist willkürlich. Danach „darf die vom kompetenten Richter rechtskräftig beurteilte Strafsache nicht neuerdings zum Gegenstand eines Strafverfahrens gemacht werden" (35.303). Der Grundsatz ist jedoch nicht verletzt durch Verurteilung eines Schweizers, wenn der ausländische Staat, der das Urteil ausgesprochen, aber nicht vollstreckt hat, ausdrücklich auf Strafverfolgung wegen dieses Deliktes verzichtet (59.220) [13]).

§ 8. Willkür im Prozessrecht, inklusive Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

Unter Prozeßrecht ist im Folgenden, ohne ausdrückliche abweichende Bemerkung, regelmäßig Zivil- und Strafprozeßrecht verstanden.

[12]) Vgl. oben S. 67, Anmerkung 5.

[13]) Gemäß Art. 2, Absatz 2 des eidgenössischen Auslieferungsgesetzes vom 22.1.1892.

Von besonderer Bedeutung in diesem Gebiet sind die sogenannten *allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze,* deren Verletzung das Bundesgericht als Willkür bezeichnet hat[1]). Die diesbezüglichen Fälle sind jedoch nicht im einzelnen, sondern im Zusammenhang der Gesamtdarstellung zu betrachten, die sich in die drei Abschnitte über die Organisation der Gerichte (Ziff. I), das Verfahren (Ziff. II) und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Ziff. III) gliedert.

I. Die Organisation der Gerichte.

1. Bei der Gerichtsorganisation hat vorab die *Zusammensetzung der Gerichte* als Spruchorgane Anlaß zu Willkürbeschwerden gegeben.

Es kann aber nicht als ein feststehender Rechtsgrundsatz gelten, daß die Gerichte ausnahmslos mit einer ungeraden Zahl von Richtern besetzt sein müssen (31.571). Willkürlich ist es indessen, wenn ein Parteivertreter in Sachen seiner Partei als Richter mitwirkt (38.95), nicht aber, wenn er bei Entscheiden über eine andere Sache gleicher rechtlicher Natur urteilt (13.102).

Ohne ausdrückliche Vorschrift sind die Ausstandsgründe für Gerichtspersonen nicht auf den Staatsanwalt anwendbar (2.379), der sogar als Richter in der gleichen Strafsache beteiligt sein kann (38.95).

Die Norm über die Unvereinbarkeit zwischen dem Amt der Geschworenen und demjenigen der Richter kann als bloße Ordnungsvorschrift aufgefaßt werden (36.193). Anderseits ist aber auch die Subsumtion der Werkstättearbeiter der SBB unter die vom Geschworenenamt ausgeschlossenen „Beamten der verstaatlichten Gewerbebetriebe" nicht ausgeschlossen (53.184).

Wird unter Einwilligung der Zivilparteien die Urteilsfällung ausgesetzt, so bedeutet es keine Willkür, wenn das Gericht das nächste Mal nicht mehr gleich besetzt ist (24.253). Es ist aber eine Verletzung wesentlicher prozeßrechtlicher Garantien, wenn ein Richter in gleicher Sache in 1. und 2. Instanz mitwirkt, auch wenn es sich bloß um ein gewerbliches Schiedsgericht handelt (25.407).

2. Bei der Frage der *Zuständigkeit* ist einerseits die Kompetenzerklärung eines unzuständigen Gerichts (25.330) und anderseits

[1]) Vgl. oben S. 24 f.; ferner 24.253 und 421, 47.213, 52.220.

die Inkompetenzerklärung eines Gerichts mit gleichzeitigem Eintreten auch die Sache selbst, sogar im Dispositiv (24.427), unzulässig.

Die Bejahung der *örtlichen Zuständigkeit* im Strafprozeß durch die Annahme des Tatortes eines durch eine Druckschrift begangenen Delikts da, wo die Schrift an den Adressaten gelangt ist, involviert keine Willkür (36.43). Mit BV 4 unvereinbar ist aber die Ablehnung der örtlichen Zuständigkeit zur Durchführung einer Strafuntersuchung wegen Unterschlagung, trotzdem der Angeschuldigte am Gerichtsort wohnt und ihm daselbst die unterschlagene Sache anvertraut worden ist. Es geht auch nicht an, auf Grund außerprozeßualer Angaben des Angeklagten über den Begehungsort die Zuständigkeit mit der Begründung zu verweigern, der Kläger habe für seine gegenteilige Behauptung keinen Beweis erbracht (47.454).

Die *sachliche Zuständigkeit* wird vom Grundsatz der Gewaltentrennung beherrscht, dessen Mißachtung sich als Willkür qualifiziert. Die Beispiele, die Uebergriffe der administrativen in die richterliche Gewalt betreffen, sind bereits im Abschnitt über Willkür im Verwaltungsrecht dargestellt worden [2]).

Es ist ferner keine Verletzung der Zuständigkeitsnormen, wenn ein Zivilgericht die Forderung eines andern Kantons für die Kosten eines Ehrverletzungsprozesses als Zivilsache behandelt (41.348) oder die Entschädigungsansprüche des SBB-Personals als Zivilsachen im Sinne eines kantonalen Schiedsgerichtsgesetzes aufgefaßt werden, wonach Streitigkeiten zwischen Inhabern von Gewerben und ihrem Personal aus Dienstverhältnis unter die Schiedsgerichtsbarkeit fallen und die Parteien als Arbeitgeber und Arbeitnehmer charakterisiert sind (33.710). Die SBB kann, obwohl sie nicht im Handelsregister eingetragen ist, unter den Begriff der „Kaufleute und Industriellen" subsumiert und damit einem Gewerbegericht unterstellt werden (35.389) und ein Zivilgericht kann die Beurteilung eines strittigen Anspruchs eines Pfarrers einer inkorporierten Gemeinde gegen das Stift auf Ausrichtung der Kongrua wegen öffentlichrechtlicher Natur des Streites ablehnen (47.385).

Es ist zulässig, die Einlassung vor einem Schiedsgericht als Anerkennung desselben zu werten (35.56) und eine Gerichtsstandsvereinbarung mit dem Wegfallen der Gründe, aus denen sie getroffen wurde, als obsolet zu betrachten (56.447).

---

[2]) Oben S. 47 f.

II. Das Verfahren.

1. Die Regel von Treu und Glauben (ZGB 2) kann als subsidiäres und daher *anwendbares Recht* im kantonalen Prozeß herangezogen werden (56.448). Rechtsirrtümlich, aber deshalb noch nicht verfassungswidrig, ist die grundsätzliche Nichtanwendung des Rechtes eines von der Schweiz nicht anerkannten Staates (52.219).

In hohem Maße willkürlich sind sowohl die Verletzung der wichtigen Zivilprozeßmaxime *„ne eat judex ultra petita partium"* (35.23) als auch die *Erstreckung gesetzlicher Fristen* (36.189).

2. Im Hinblick auf BV 4 ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, im Strafprozeß den freigesprochenen Angeklagten mit *Prozeßkosten* zu belasten (3.411). Diese Kostenauflage kann unter Umständen sogar wohl gerechtfertigt sein (16.479), beispielsweise bei mangelhafter eigener Prozeßführung, nicht aber wegen des Verhaltens der Verwandten (37.238).

Im Zivilprozeß ist die aus Billigkeitsgründen vorgenommene Teilung der *Gerichtsgebühren,* welche der Staat für die Verwaltung der Justiz von den sie beanspruchenden Privaten bezieht, zwischen unterlegener und obsiegender Partei nicht willkürlich (29.136).

Aus der Rechtsgleichheit hat das Bundesgericht von jeher die Pflicht zur Gewährung des *Armenrechts* geschlossen (64.3), weil seine Verweigerung „gleichsam eine Verweigerung der Justiz bedeutet" (26.274).

Der nach kantonalem Recht begründete Anspruch ist willkürlich abgelehnt, wenn der Gesuchsteller von Fr. 120.— bis Fr. 150.— Monatsverdienst neben der Bestreitung des Lebensunterhaltes für Frau und Kind einen größern Betrag für Prozeßkosten erübrigen soll (64.4). Wegen Aussichtslosigkeit des Prozesses ist eine Abweisung des Armenrechtsgesuches möglich; sie soll aber nicht leichthin (51.105) oder sogar ohne nähere Untersuchung des Falles (26.274) erfolgen.

3. Im Zivilprozeß kann der Beklagte seine *Verteidigung* durch Erhebung der Einrede der beurteilten Sache erfolgreich gestalten, da deren Nichtbeachtung vor BV 4 nicht standhält (15.11). Das Recht zur Erhebung einer Widerklage ist vom kantonalen Recht geordnet; weder die Ausmittlung der Kompetenzsumme (34.234) noch die Ablehnung der Widerklage mangels Konnexität (22.358) wurden beanstandet.

4. Bei der *Beweisführung* ist die Verweigerung des Zwanges zur Edition von Beweisurkunden statthaft, wenn sich diese auf Tatsachen beziehen, die dem Inhaber als Berufsgeheimnis anvertraut sind und das kantonale Gesetz am Wohnsitz des Urkundeninhabers keine Editionspflicht kennt (47.98).

Willkürliches Vorgehen bei der *Beweiswürdigung* bedeutet zugleich eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs (27.451) oder allgemeiner gesagt eine eigentliche Rechtsverweigerung (25.412).

Gegen die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse ist nichts einzuwenden, wenn die vorhandenen Indizien sorgfältig geprüft wurden (30.243) [3]). Ein Akt der Willkür ist es aber, eine Zeugenaussage, die sich mit dem amtlichen Protokoll in offenbarem Widerspruch befindet, als bloße Erläuterung zu behandeln, um dadurch die Ungesetzlichkeit des Vorgehens zu verdecken (30.274). Ebenso ungehörig ist es, den Sachverständigenbeweis als nicht erbracht zu erachten, weil das Gutachten nicht innert der gestellten Präklusivfrist einläuft und nur die Gerichte eine Einwirkung auf die Experten haben (13.361).

Im Strafprozeß liegt in der Unterlassung der Prüfung der Schuldfrage (speziell des Schuldausschließungsgrundes des Rechtsirrtums) ein Verstoß gegen allgmein anerkannte Grundsätze (24.421), wie auch in der Verurteilung ohne Schuldbeweis, eine Regel, die auch im Verwaltungsstrafverfahren gilt (47.32).

5. Die formelle *Rechtskraft* des Urteils wird nicht verletzt, wenn ein Gericht von Amtes wegen Schreib- und Rechnungsfehler korrigiert (31.29) und die materielle Rechtskraft nicht, wenn trotz beschränkter Appellation (nur Nebenfolgen) das ganze Urteil (Ehescheidung) aufgehoben wird (30.508).

Im *Rechtsmittelverfahren* kann weder für den Zivil- noch für den Strafprozeß das Verbot der „reformatio in peius" aus BV 4 abgeleitet werden (52.100). Es geht nicht an, daß die zweite Zivilinstanz eine Appellation infolge Ausbleibens des Appellanten als verwirkt und das erstinstanzliche Urteil als rechtskräftig erklärt, während die Prozeßordnung für diesen Fall die Ausfällung eines Versäumnisurteils vorsieht (34.9). Ebenso unzulässig ist es, wenn ein Gericht, dessen Urteil auf Kassationsbeschwerde hin aufgehoben wurde, sich in der Neubeurteilung nicht an die vom Kassationsgericht ausgesprochene Rechtsauffassung hält (44.99). Selbst-

---

[3]) Vgl. über die Tatbestandsermittlung im allgemeinen S. 21 f. oben.

verständlich braucht die Revision gegen ein aufgehobenes Urteil nicht zugelassen zu werden (18.65) und es geht mangels entgegenstehender Vorschrift wohl an, in der Kassationsinstanz neue Beweismittel zu berücksichtigen (39.107).

III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Willkür ist im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nur gegeben, sofern keine andern Rechtsmittel vorhanden sind (28.141) [4]).

1. Das SchKG als *Bundesrecht bricht kantonales Recht.* Die Annahme einer Widerklage nach 6 Uhr abends, wie es nach kantonalem Prozeßrecht angängig wäre, ist wider SchKG 31 (25.325). Wohl aber kann der Rechtsöffnungsrichter in zweiter Instanz neue Beweismittel entgegennehmen, denn SchKG 84 hat die erste Instanz im Auge, sodaß die Frage nach kantonalem Recht entschieden werden kann (39.107). Auch die Subsumierung der Deliktspauliana unter die Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung und die anschließende Anwendung kantonalen Rechts (betr. Zuständigkeit des Gerichts des Orts der Schadenszufügung) ist statthaft (35.533).

SchKG 295 kann als Notfrist bezeichnet (27.16) und SchKG 36 dahin ausgelegt werden, daß die *Frist* zur Widerspruchsklage neu zu laufen beginnt, wenn eine Beschwerde gegen die Fristansetzung, welcher Suspensivwirkung zuerkannt worden ist, definitiv abgewiesen worden ist (32.265).

2. Keine Willkür liegt in der Verweisung eines Begehrens eines Gläubigers um Aenderung des *Kollokationsplans* hinsichtlich seiner eigenen Forderung in das Beschwerdeverfahren (33.529). Im Verfahren der *Wechselbetreibung* kann der Konkursrichter das Verfahren auf Konkurseröffnung vorübergehend auf Verlangen der Gläubiger sistieren (62.211). Zulässig ist die Auffassung, die erst nach dem erstinstanzlichen *Konkurserkenntnis* eingetretenen konkurshindernden Tatsachen seien von der obern Instanz nicht mehr zu berücksichtigen (57.364).

3. Ein Steuerdomizil kann als *Arrestort* bezeichnet (29.424) und die Prüfung der Rechtsgültigkeit des Arrestschlages kann im Stadium der Prosequierung der Arrestforderung verweigert werden (32.262).

---

[4]) Jäger: Kommentar, N. 3 zu Art. 15 SchKG.

Ohne einen bezüglichen Verzicht der Gläubiger darf der *Nachlaßvertrag* entgegen SchKG 306 nicht genehmigt werden, solange nicht die ganze Nachlaßdividende sichergestellt ist (64.81).

4. Mit der Willkürbeschwerde werden häufig Rechtsöffnungsentscheide angefochten, was von der Praxis ausdrücklich anerkannt ist (28.141) [5].

a) Bei der *definitiven Rechtsöffnung* hat der Richter die Rechtskraft des Urteils zu prüfen, wobei er sich ohne Willkür hinsichtlich der Appellabilität (und damit der Vollstreckbarkeit) des Urteils seine eigene Meinung wahren kann, auch wenn er sich dadurch bewußt mit der Oberinstanz in Widerspruch setzt (29.5). Zulässig ist es, einem Solidarschuldner, der auf Grund seiner Verurteilung mit dem ihn verurteilenden Erkenntnis ein Regreßrecht gegen einen Mitverpflichteten geltend zu machen sucht, die Rechtsöffnung zu verweigern (31.32). Für eine im Urteilsdispositiv der Höhe nach festgesetzte Kostenforderung eines Anwalts soll sogar die Rechtsöffnung verweigert werden, wenn die Partei keine Gelegenheit hatte, in einem kontradiktorischen Verfahren Einwendungen zu machen (37.488).

Der Auslegung von SchKG 80, Absatz 2, dahin, daß die Gleichstellung der Entscheide über öffentlichrechtliche Abgaben mit gerichtlichen Urteilen nicht durch einen ausdrücklichen Gesetzesakt erfolgen müsse, steht BV 4 nicht entgegen (34.226). Auch die Gleichstellung außerkantonaler Verwaltungsakte mit denen des eigenen Kantons ist zulässig, selbst wenn das kantonale Einführungsgesetz zum SchKG nur letztere ausdrücklich nennt (28.143).

Die Auflage einer Konzessionsgebühr und eines Wasserrechtszinses in einer Wasserrechtskonzession darf als vollstreckbare Verwaltungsverfügung behandelt werden (47.226) und die Gebührenrechnung eines öffentlichen Betriebes (Schlachthof) muß sogar als Rechtsöffnungstitel anerkannt werden (57.264). Willkürlich ist es, einer vollstreckbaren, administrativen Alimentationsverpflichtung nicht das Recht zu öffnen, weil sie (angeblich) durch ein kantonales Gesetz modifiziert worden sei (39.310). Anderseits verstößt die Beseitigung des Rechtsvorschlages auf Grund eines nicht rechtskräftigen, weil nicht gehörig zugestellten Steuerveranlagungsentscheides gegen BV 4 (63.294).

---

[5] Vgl. auch 30.691, 35.293.

Das dem Urteil vorangegangene Verfahren hat der Rechtsöffnungsrichter nicht auf Mängel zu prüfen (29.6).

b) Die allgemeinen Voraussetzungen der *provisorischen Rechtsöffnung* kann der Richter von Amtes wegen prüfen (35.294). Er handelt willkürlich, wenn er eine Ausgleichsofferte einer Schuldanerkennung gleichsetzt (28.13), nicht aber, wenn er trotz Vorliegens eines Wechselakzepts die Rechtsöffnung verweigert (33.10). Vertretbar ist auch die Ansicht, eine schriftliche Schuldverpflichtung sei durch ein ausländisches Urteil noviert worden und könne deshalb nicht mehr Grundlage der Rechtsöffnung sein (35.294); unzulässig ist aber die Annahme, die Unterlassung des Rechtsvorschlages bilde einen materiellen Schuldgrund (25.189).

IV. Kapitel

§ 9. Würdigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und Schlußfolgerungen.

I. Die Unbestimmtheit des Willkürverbotes.

Das 1. Kapitel schloß mit der Feststellung, es dürfte schwierig — wenn nicht gar unmöglich — sein, auf theoretischem Wege einen klaren und brauchbaren Willkürbegriff zu ermitteln. Den dadurch bedingten Eindruck von der *Unbestimmtheit des Willkürverbotes* hat auch die Darstellung der Praxis im 2. und 3. Kapitel nicht ganz beseitigen können.

Schon die Verwendung des Ausdruckes Willkür zur Umschreibung der verfassungswidrigen Rechtsanwendung ist immer wieder bemängelt worden und der Willkürbegriff als unjuristisch, dehnbar [1]), an Schärfe und Prägnanz ermangelnd [2]) bezeichnet worden. Aber auch die vom Bundesgericht zur Verdeutlichung seiner Auffassung herbeigezogenen Begriffe vermögen keine volle Klarheit zu schaffen und den umstrittenen Begriff in eindeutige Formulierungen zu bannen. Bei allen, in dieser Richtung unternommenen Versuchen fällt auf, wie regelmäßig Umschreibungen mit negativen Begriffen verwendet wurden, wie beispielsweise Verletzung und Mißachtung des Gesetzes, Nichtunterstellung eines Tatbestandes unter den zutreffenden Rechtssatz u. a. m. Noch stärker fällt aber die Tatsache ins Gewicht, daß die Willkür, selbst ein relativer Begriff, nur mit relativen Begriffen näher erläutert wird [3]), wie z. B. Verstoß gegen klares und unzweideutiges Recht oder allzu extensive oder offenbar unrichtige Interpretation u. a. m.

Lauter negative und relative Begriffe sind aber nicht ungefährlich in der Jurisprudenz. Weil ihnen keine festumrissenen Merkmale eigen sind, erhalten sie ihren ganzen *Inhalt durch die subjektive Wertung des Richters* [4]). Darin liegt nun zweifellos ein

---

[1]) Silbernagel, 133.
[2]) Curti, 93, dem sich Fürer, 63, anschließt.
[3]) Aehnlich Schoch, 39, und Aldag, 31.
[4]) Schoch, 37.

Mangel des Willkürverbotes, der allerdings nicht so schwerer Natur ist, wie es im ersten Moment erscheinen mag.

Einmal ist es in jedem Rechtsgebiet üblich, gelegentlich den Richter oder eine andere Behörde nach subjektiven Kriterien entscheiden zu lassen, was Rechtens sei [5]). Wohl am häufigsten sind solche Fälle im Privatrecht, wo immer wieder Begriffe wie „wichtige Gründe", „Billigkeit" etc. Verwendung finden. Aber auch im öffentlichen Recht sind derartige, einer individuellen Einschätzung unterliegende Begriffe keine Seltenheit, wiewohl es hier, vorab im Staatsrecht, häufig gesetzgebende und nicht richterliche Behörden sind, die den Inhalt und die Tragweite solcher Normen bestimmen [6]). Die Tatsache der rein subjektiven Bestimmung des Willkürbegriffes kann daher keine Anomalie dem Grundsatze, sondern höchstens dem Maße nach sein.

Ferner ist zu berücksichtigen, daß die strittige Begriffsbildung nicht von einem Einzelnen, sondern von einem *Kollegium* von fünf Richtern besorgt wird [7]). Wenn aber fünf Meinungen sich mit einer Sache auseinandersetzen und in demokratischer Weise die Mehrheit den Ausschlag gibt, so ist damit eine den praktischen Bedürfnissen wohl genügende Gewähr für eine sachliche Beurteilung der einzelnen Fälle geleistet.

Die Unbestimmtheit des Willkürverbotes ist demnach mehr ein Mangel theoretischer Natur. Die *praktische Eignung* des Willkürbegriffs wurde denn auch von jeher, selbst von Kritikern, anerkannt [8]). Die erste Aufgabe eines Gerichtes ist, Recht zu sprechen. Wenn zu dieser Tätigkeit Begriffe herangezogen werden, die sehr nützlich, aber theoretisch anfechtbar sind, so darf das für deren Anwendung so lange nichts verschlagen, als nichts Besseres an ihre Stelle gesetzt wird, und das ist bei der staatsrechtlichen Beschwerde auf Grund von BV 4 nicht der Fall.

II. Die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtes.

Dem Vorhalt der Unbestimmtheit des Willkürverbotes ist aber das Bundesgericht selbst am besten begegnet; denn wiewohl stets

---

[5]) Meyer, 68 ff., bes. 70.
[6]) Hier setzt Jellinek, 94 ff., mit seiner Kritik der Willkürpraxis ein.
[7]) OG 25, Absatz 2 (OG 1943: Art. 15).
[8]) Curti, 93; Silbernagel, 132. Anderer Auffassung ist Aldag, 32.

subjektive Meinungen den Ausschlag gaben, haben sich in der umfangreichen Willkürpraxis zahlreiche allgemeine Grundsätze ausgebildet, deren Darstellung im II. und III. Kapitel erfolgt ist.

1. Diese Analyse der Rechtsprechung konnte nun allerdings nicht einem streng logischen, wissenschaftlich durchgearbeiteten *System* folgen. Die Herausarbeitung der prinzipiellen Richtlinien ließ sich nur erreichen durch Zusammenfassung der inhaltlich zusammengehörenden Entscheide in kleinern, in sich geschlossenen Gruppen, die — jeweils einen Grundsatz verkörpernd — in ziemlich loser Weise aneinandergereiht wurden. Das auf diese Art vor unsern Augen entstandene Gebäude ist nun kein kunstvoller Bau juristischer Konstruktionstechnik, der nach einfachem, leicht durchsichtigem Plan errichtet ward. Wohl aber erhalten wir den Eindruck von einer *Rechtsprechung, die,* gesunder Rechtsauffassung entspringend, *dem Leben in praktischer Weise dient* und mit ihm eng verwurzelt ist. Wie alle übrigen Individualrechte, ist auch das Willkürverbot kein „Produkt der rechtsphilosophischen Spekulation“ [9]), sondern ein mit der Geschichte des Landes eng verwachsene Einrichtung. Begreiflich, daß es von ausländischer, extrem konstruktiv-theoretisch eingestellter Seite nicht verstanden wurde [10]).

2. Weil nun die zahlreichen, vom Bundesgericht ausgebildeten allgemeinen Grundsätze bereits durch die Systematik der Darstellung der Praxis zum Ausdruck gebracht worden sind, erübrigt sich eine ausführliche und zwangsläufig etwas schwerfällige Aufzählung derselben. Hier soll nur noch durch eine knappe Zusammenstellung der wichtigsten Prinzipien mit wenig Strichen das *Bild des praktisch verwendeten Willkürbegriffs* gezeichnet werden, um damit die Antwort auf die, am Ende des I. Kapitels gestellte, Frage zu geben, was das Bundesgericht unter verfassungswidriger Rechtsanwendung verstehe:

a) Oberster Grundsatz für die Behandlung der vor Bundesgericht angefochtenen kantonalen Entscheidungen ist, daß für die Annahme von Willkür die *objektive Unhaltbarkeit* derselben genügt und die subjektive Einstellung der Behörden kein ausschlaggebendes Kriterium bedeutet. Für die objektiv willkürliche Rechtsanwendung ist wie folgt zu unterscheiden.

---

[9]) Weber, 675.
[10]) Beispielsweise von Jellinek; vgl. unten S. 83.

b) Nach der *tatsächlichen Seite* hin ist das Bundesgericht äußerst zurückhaltend und schreitet nur ein, sofern der einem Rechtssatz unterstellte Tatbestand effektiv gar nicht besteht. Die gesamte Tatsachenermittlung und Tatbestandswürdigung, eingeschlossen die Annahme von Umgehungsgeschäften, ist gänzlich kantonaler Kognition vorbehalten.

c) In Bezug auf die *rechtliche Seite* hat das Bundesgericht im Verlaufe seiner Rechtsprechung nicht immer den gleichen Maßstab angelegt. Anfänglich zurückhaltend, wagte es sich gelegentlich ziemlich weit ins Gebiet rechtlicher Würdigung vor, um dann aber, sicherer und bestimmter werdend, eine stets strengere Praxis zu befolgen, an der es heute in ihrer ausgebildeten Form festhält.

d) Von der *positiven Seite* her wird als Willkür nur die Verletzung klaren und unzweideutigen Rechts oder allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze bezeichnet, weil eine solche in ihrer Wirkung einer Justizverweigerung gleichkommt. Typisch in dieser Richtung ist vor allem die Nichtunterstellung eines Tatbestandes unter den offenbar zutreffenden Rechtssatz und ihr Gegenstück.

e) *Negativ* gesehen wird Willkür regelmäßig verneint, wenn es sich um Auslegungsfragen handelt. Von der grundsätzlichen Notwendigkeit der Interpretation ausgehend, werden vorab Beschwerden abgewiesen, die sich gegen die Lösung im Gesetze nicht geregelter Fragen richten. Aber auch die Erforschung des Sinnes unklarer Worte wird nicht beanstandet, solange dieselbe möglich, wenn auch diskutabel oder kontrovers ist. Selbst bedenkliche, zweifelhafte, irrtümliche und sogar unrichtige Lösungen gelten noch nicht als Willkür, besonders nicht, wenn sie von sachlichen Erwägungen begleitet sind. Erst ganz offenbar unrichtige Rechtsanwendung gilt als verfassungswidrig. Eine solche wird nach der neuern strengeren Praxis aber erst angenommen, wenn die angefochtene Auslegung durch entgegenstehende Vorschriften ausdrücklich ausgeschlossen ist oder die als richtig behauptete Auslegung sich zwingend aus andern Gesetzesstellen herleiten läßt. Nach der gleichen einschränkenden Tendenz orientiert ist auch die Entwicklung bei Würdigung der sehr oft ausschlaggebenden Begründung, wonach weniger auf sachliche und vertretbare, als auf irgendwie haltbare und nicht von vornherein haltlose Motivierungen abgestellt wird.

3. Dies sind in aller Kürze die wesentlichen Leitsätze der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Frage willkürlicher Rechts-

anwendung. Das Bestehen derselben entzieht der *Kritik*, welche die Praxis als grundsatzlos bezeichnet hat, den Boden. Der namhafte ausländische Wissenschafter [11]), der — die gesamte Rechtsgleichheitspraxis betreffend — schrieb, man suche in den Urteilen vergebens „nach einem allgemeinen Prinzip, ja nur nach widerspruchsloser Anwendung bestimmter Regeln", wie auch der inländische Kritiker [12]) sind insofern nicht allzu hart zu beurteilen, als sie ihre Aussprüche nur auf eine relativ kurze Rechtsprechung basieren konnten und nicht den heute vorliegenden Ueberblick über die umfangreiche Praxis besaßen.

Nun beruht die Bemängelung des Bundesgerichts in dieser Beziehung wohl nicht nur auf Unkenntnis der Grundsätze, sondern auch auf dem Uebersehen einer weitern Tatsache. Beim Vergleichen zweier Entscheide kann sich gelegentlich zeigen, daß, obwohl im allgemeinen ähnliche Tatbestände vorlagen, der Spruch des Gerichts verschieden ausgefallen ist. Daraus wird dann abgeleitet, das Bundesgericht „übe selber erst recht Willkür in Beurteilung der Willkür" [13]). Dabei wird aber vergessen, die den verglichenen kantonalen Urteilen oder Verfügungen beigegebenen Begründungen mit zu überprüfen, wiewohl gerade diese den Ausschlag für die Bejahung oder Verneinung der Willkürfrage gegeben haben mögen, was bekanntlich oft der Fall ist.

In dieser Richtung ist überhaupt nochmals die Unmöglichkeit zu betonen, abstrakt sagen zu können, was Willkür sei. Nur anhand des einzelnen Falles kann diese Frage beantwortet werden. Auch die vom Bundesgericht ausgebildeten, im II. und III. Kapitel ausführlich dargestellten und oben resümierten Richtlinien können und wollen nicht als abschließendes Resultat betrachtet sein. Das Willkürverbot, das sich begrifflicher Betrachtung gänzlich entzieht und nur aus einer lebensnahen Auffassung verstanden werden kann, ist auch nur an konkreten Beispielen durchsetzbar und nur an ihnen voll verständlich. Es gibt nun einmal keine unbedingte Lösung, sondern es muß dieselbe unter Wertung der im Einzelfall gegebenen Verumständungen, also *„von Fall zu Fall und von Zeit zu Zeit"* gefunden werden [14]). Das ist dann aber

---

[11]) Jellinek, 98.
[12]) Soldan, 477.
[13]) Heusler, 170; weniger scharf ein anderer Basler: His, III 505: „wenn auch der Begriff der Willkür selbst mancher Willkür in der Auslegung Raum gibt".
[14]) Ruck: Staatsrecht, 49.

keine „so verzweifelt schwierige Aufgabe", wie von kompetenter Seite versichert wird [15]).

4. Da unter dem Vorwurf der Grundsatzlosigkeit auch die mehrmals erwähnten *Schwankungen der Rechtsprechung* verstanden werden könnten, ist auch darauf noch kurz einzutreten.

Die im Verlaufe der Praxis wiederholt auftretende Tendenz ist immer dieselbe, die auf Einschränkung der Ueberprüfbarkeit kantonaler Entscheide hinzielt. Anlaß dazu war dabei weniger die in dieser Beziehung laut gewordene Kritik, als der unten noch zu besprechende, leider häufige Mißbrauch der Willkürbeschwerde. Um solchem zu begegnen, griff das Bundesgericht vorerst einmal zu dem als ungenügend erkannten Mittel der Einführung des subjektiven Willkürbegriffs. Seit es davon wieder abkam, schritt es langsam, aber immer bestimmter werdend, zu einer strengern, einschränkenderen Praxis. Anstatt sich zuerst in eigentliche Auslegungsfragen zu mischen und dann doch auf Abweisung der Beschwerde zu erkennen, erklärte es, nur dann einschreiten zu können, wenn die vom Rekurrenten als richtig behauptete Auslegung nicht angewandt worden sei, obwohl sie in zwingender Weise aus dem Gesetz hervorgehe.

Diese und andere, weniger deutliche Schwankungen, die überdies seltener werden, vermögen die Rüge mangelnder allgemeiner Grundsätze nicht zu begründen. In allen Rechtsgebieten ist eine Aenderung der Rechtsprechung nicht nur üblich, sondern ist die Möglichkeit dazu nötig, um überhaupt eine Entwicklung des Rechts zu ermöglichen. Die in der Unbestimmtheit des Willkürverbots liegende *Notwendigkeit der jeweiligen selbständigen Würdigung* und stets neuen Beurteilung jedes einzelnen Falls kann in dieser Beziehung also einen Vorteil bedeuten, insofern ein gesundes Rechtsgefühl den Ausschlag geben und vor allzu schematischer Rechtsprechung bewahren kann. Jedes Gericht muß veränderten Rechtsanschauungen und Bedürfnissen Rechnung tragen können, eine Regel, die auch bei Handhabung des Willkürverbots Geltung hat und haben muß [16]).

---

[15]) Alt-Bundesrichter Weber, 683.

[16]) Fleiner, 284; Ruck: Staatsrecht, 49; Silbernagel, 102.

III. Die Kompromißnatur des Willkürverbotes.

Weder die Unbestimmtheit des Willkürverbotes noch die angebliche Grundsatzlosigkeit der Rechtsprechung vermögen das Institut der Willkürbeschwerde als wertlos oder gar als untragbar erscheinen zu lassen. Viel unbefriedigender, wenigstens vom Standpunkt des materiellen Rechts aus, ist ihre *Kompromißnatur.*

1. Diese tritt in den extremen Fällen krasser Willkürakte und der verkappten Weiterziehungen[17]) ganz zurück und ist bedeutungslos. Sie zeigt sich aber in störender Weise in der großen Zahl der dazwischen liegenden Fälle der bedenklichen, zweifelhaften, unrichtigen und irrtümlichen Rechtsanwendung. Weil das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nur gegen „grobe Mißgriffe"[18]), nur gegen „grundfalsche Entscheidungen"[19]) einschreiten kann und nicht eine allgemeine oberste Appellations- und Kassationsinstanz ist, stellt es wohl häufig fest, das Recht sei durch die kantonalen Behörden wohl nicht richtig angewendet worden, aber noch nicht in einem solchen Maße unrichtig, um aufgehoben zu werden. „Das Gericht untersucht die Sache, gibt dem Rekurrenten Recht, aber weist seinen Rekurs ab"[20]).

Derartige Urteile erscheinen vor allem dem Laien schwer verständlich, ja lassen ihn gelegentlich am Gerechtigkeitssinn der Justiz zweifeln und sind ihrem Ansehen oft wenig förderlich[21]). Aber auch von juristischer Seite wurde erklärt, es dürfe in dieser Richtung doch kaum ein Unterschied gemacht werden, zwischen „bloß" unrichtiger und „offenbar" unrichtiger Rechtsanwendung[22]). Und doch m u ß dieser Unterschied gemacht werden, der allerdings nicht von der mehr oder weniger zutreffenden Art, als vom willkürlichen Charakter der Entscheidung abhängt. Eine andere Lösung würde einen „Einbruch in die verfassungsmäßigen Kompetenzen der Kantone" bedeuten (10.312)[23]). Nicht die vollständige Verwirklichung des materiellen Rechts ist die Aufgabe der Willkürbeschwerde, sondern die *Sicherung der rechtsstaatlichen Idee.* Wenn sie dieses höhere Ziel erreicht, so hat sie ihren

---

[17]) Vgl. 59.56; noch deutlicher ist die französische Bezeichnung „appel déguisé" in 34.630, 45.83.
[18]) Burckhardt: Kommentar, 34.
[19]) Ziegler, 535 a.
[20]) Burckhardt: Kommentar, 34.
[21]) His III, 505.
[22]) Silbernagel, 134, dem sich Fürer, 43, anschließt.
[23]) Oben S. 8 f.

Zweck erfüllt und das untergeordnete, allerdings unbefriedigende Ergebnis des gelegentlichen Schutzes des schlechteren Rechtes muß in Kauf genommen werden.

2. Daß hin und wieder das Bundesgericht um des materiellen Rechtes willen weiter ging und damit seine Zuständigkeit eigentlich überschritt, soll nicht bestritten werden[24]). Mit Recht geht nun deshalb die jüngere Rechtsprechung darauf aus, nur noch gegen *klar erkennbare Willkürakte,* die etwas „Revoltierendes“[25]) an sich haben, einzuschreiten und alle Grenzfälle zwischen bloß und offensichtlich unrichtiger Rechtsanwendung als unanfechtbar zu erklären. Diese Lösung erscheint umso gegebener, wenn man die dem ursprünglichen Bedürfnis dienende Umschreibung der Willkür nochmals beizieht. Die Gewährleistung materieller Rechtsgleichheit soll ja nur dazu dienen, die Umgehung der als verfassungswidrig erkannten Justizverweigerung in der Form willkürlicher Rechtsanwendung zu verhindern. Wessen Sache aber an die Hand genommen und — allerdings nicht ganz zutreffend und einwandfrei — behandelt wurde, darf nicht behaupten, das Recht sei ihm verweigert worden. Regelmäßig hat nur der klar erkenntliche Willkürakt diesen Effekt und nur er soll deshalb vom Staatsgerichtshof beseitigt werden.

IV. Der Mißbrauch der Willkürbeschwerde.

Ein letzter Vorwurf gegen das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung, der sich vorab auf gerichtsorganisatorische Erwägungen stützt, betrifft den Mißbrauch der Willkürbeschwerde.

1. Es gibt bekanntlich kein der kantonalen Justiz oder Verwaltung angehörendes Gebiet, das nicht mit der Willkürbeschwerde angefochten werden könnte und demnach kein kantonaler Hoheit unterstehendes Rechtsgebiet, das in dieser Hinsicht der Kognition des Bundesgerichts entzogen ist. Ueberdies kann eine Anfechtung wegen Willkür auch erfolgen, wenn sie sich von vornherein als unbegründet erweist (31.567). Durch diese Tatsachen hat sich nun wohl das Bundesgericht nicht verleiten lassen, seine Kompetenzen auszudehnen und die gesamte Justiz und Verwaltung unter seine Kontrolle zu bringen. Hingegen ist die Willkür-

[24]) Vgl. auch Weber, 679.
[25]) Ziegler, 378 a.

beschwerde häufig von den Rechtssuchenden mißbraucht worden (10.312)[26]).

Die Allgemeinheit dieser Einrichtung verleitet den Bürger oft zu der irrigen Ansicht, es sei ihm in jedem Falle nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges noch ein *letztes „Rechtsmittel"* gegeben[27]). Zweifellos mag es gelegentlich verlockend sein, durch Erhebung des staatsrechtlichen Rekurses auf Grund von BV 4 das angebliche Recht noch nicht verloren zu geben, sondern die Hoffnung auf ein Obsiegen noch eine Weile hinauszuzögern. Dieser Versuchung können die Anwälte häufig nicht widerstehen, weshalb sie, „wenn alle Stricke reißen", ihr Glück noch mit der Willkürbeschwerde probieren. Dadurch wird das Bundesgericht in übermäßiger Weise durch zahlreiche völlig aussichtslose Rekurse behelligt, die seine Geschäftslast stark erhöhen[28]).

2. Gegen diese, leider häufige, *Trölerei*[29]) hat das Bundesgericht einmal selbst die ihm zur Verfügung stehenden Mittel ergriffen. Vorerst durch die Einführung des subjektiven Willkürbegriffes, später durch die ganz allgemeine Eingrenzung seiner Ueberprüfungsbefugnis vermittelst der strengern Praxis. Da aber diese Mittel nicht jeden Mißbrauch unterbinden konnten, wurde in neuerer Zeit mit Vehemenz eine Einschränkung der Rechtsverweigerungsbeschwerde durch Abänderung des Organisationsgesetzes gefordert[30]) und zwar durch Beseitigung der Willkürbeschwerde im Gebiete des Zivil-, Straf- und Prozeßrechtes, eingeschlossen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes. Von ebenso kompetenter Seite[31]) wurde aber diese Reform aufs entschiedenste abgelehnt und auch die mit den Vorarbeiten für die Revision des OG betrauten Instanzen haben sich einer solchen Einschränkung widersetzt[32]).

Dies mit Recht. Organisatorische Unzulänglichkeiten dürfen nicht als Vorwand für einen Abbau des Rechtsschutzes dienen.

---

[26]) Vgl. auch 20.259, 34.630, 45.83, 59.56.

[27]) Ueber die Rechtsnatur der staatsrechtlichen Beschwerde vgl. Eggenschwiler, passim.

[28]) Im Einzelnen bei Ziegler, 377 a.

[29]) Fleiner, 287, Anmerkung 27.

[30]) Ziegler, 372 a ff.

[31]) Huber, 157 a ff.

[32]) Botschaft, 40. Und zwar mit Erfolg. Das ab 1.1.1945 geltende neue OG hat die Anwendungsmöglichkeit der Willkürbeschwerde grundsätzlich nicht eingeschränkt.

Besser als die postulierten Radikalmittel begegnet dem Mißbrauch und der Trölerei die in der Botschaft des Bundesrates erwähnte strenge Handhabung der Kostenvorschriften und der Gebrauch von Ordnungsbußen. Ueberdies sieht der Entwurf zu einem neuen OG ein Vorprüfungsverfahren durch einen Dreierausschuß vor, wonach über offensichtlich unzulässige oder unbegründete Beschwerden bei Einstimmigkeit entschieden werden kann [33]). Das zuverlässigste Mittel gegen mißbräuchliche Rekurse wird aber stets eine strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtes sein. Durch ausschließliches Einschreiten gegen klar erkenntliche Willkürakte wird es meistens dazu beitragen können, die praktizierenden Juristen über die Funktion der Willkürbeschwerde aufzuklären.

V. Wirkung und Bedeutung des Verbotes willkürlicher Rechtsanwendung.

Das Verbot willkürlicher Rechtsanwendung wird somit auch in Zukunft in seiner Allgemeinheit bestehen und wird seine zahlreichen Wirkungen auch fernerhin ausüben können, die nicht nur seinen Bestand rechtfertigen, sondern es zu einer wertvollen Institution des schweizerischen Rechtsstaates erheben.

1. Vorab ist schon die Möglichkeit, sämtliche kantonale Entscheide wegen Willkür anzufechten, ein *vorzügliches Erziehungsmittel* für die kantonalen Behörden: die Willkürbeschwerde vermag durch ihre bloße Existenz Willkür zu verhüten [34]). Daß sie nicht zu ganz genauer Beachtung der Gesetze anleitet [35]), stimmt allerdings. Sie kann aber — und mehr will sie auch nicht — den Bürger vor Willkürakten schützen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist für die kantonale Justiz und die regelmäßig weniger ausgebaute Verwaltung das Damoklesschwert, unter dessen Drohung sich Richter und Verwaltungsbehörden wenigstens zu Rechtshandlungen bequemen müssen, die mit der Würde eines Rechtsstaates vereinbar sind.

2. Die Behauptung, die Willkürbeschwerde habe den Ausbau der kantonalen Verwaltung verhindert, weil die Behörden nicht gewillt gewesen, sich einer Desavouierung durch das Bundesgericht auszu-

---

[33]) Diese Bestimmung ist Gesetz geworden; OG 1943: Art. 92.
[34]) Huber, 162 a; Fleiner, 287, Anmerkung 27; Botschaft, 40.
[35]) Wie Ziegler, 367 a, der Willkürbeschwerde vorwirft.

setzen[36]), geht fehl. Obwohl die kantonalen Organe sich erfahrungsgemäß nicht gerne von Lausanne aus belehren lassen wollen[37]), erreichen sie ja durch Verbesserung ihrer rechtlichen Organisation nicht eine erhöhte, sondern gerade eine verminderte Aufsicht des Bundesgerichtes vom Willkürstandpunkt aus. Die gelegentlich mangelhafte Organisation rührt vielmehr von der Kleinheit der staatlichen Gebilde her[38]) und hier ist es zweifellos am Platze, wenn als *Korrektiv*[39]) dieser Verhältnisse hie und da eine mächtigere Hand eingreift[40]). Die Darstellung der Kasuistik hat zahlreiche kantonale Entscheidungen zu Tage gefördert, deren Weiterbestand einem Rechtsstaate nicht zur Zierde dienen würde und in denen die Willkürbeschwerde Gelegenheit hatte, ihre wohltätige Wirkung auszuüben.

Wie aus der Darstellung der Praxis hervorgeht, sind krasse Verstöße rechtsanwendender Behörden tatsächlich seltener geworden. Ob als Folge der Willkürbeschwerde oder als Folge verbesserter kantonaler Behördenorganisation, kann kaum kontrolliert werden. Indessen bedeuten die gegenwärtigen, unruhigen Zeiten eine neue Quelle für Willkürakte, indem die Behörden sich gelegentlich unter dem Druck der Verhältnisse zu ganz ungesetzmäßigen Handlungen hinreißen lassen[41]). Gerade diese unvorhergesehene Entwicklung beweist, wie gefährlich es wäre, eine altbewährte Einrichtung aus Unwillen oder weil sie umständlich oder unbequem erscheint, auf einmal beseitigen zu wollen.

3. Das gleiche ergibt sich, wenn man von der prophylaktischen und korrigierenden Wirkung der Willkürbeschwerde absieht und nur ihre Hauptaufgabe betrachtet. Das Willkürverbot ist in erster Linie nicht Selbstzweck, sondern hat das weit wichtigere Ziel, den außerhalb jeder Kritik stehenden *Schutz vor Justizverweigerung* voll und ganz durchzusetzen und jegliche Umgehungsversuche durch willkürliche Rechtsanwendung zu verunmöglichen. Darin lag nicht nur im Anfange der bundesgerichtlichen Praxis das Schwergewicht der Willkürbeschwerde, sondern darin liegt es noch heute. Rechtsverweigerungs- und Willkürverbot sind eins; dieses verleiht jenem erst die volle Wirksamkeit.

---

[36]) Ziegler, 535 a.
[37]) Ziegler, 376 a.
[38]) Huber, 163 a.
[39]) Burckhardt: Kommentar, 34; Huber, 163 a.
[40]) Aehnlich Fleiner, 287, Anmerkung 27.
[41]) Huber, 162 a; Fleiner, 287, Anmerkung 27.

Es ist also nicht allein die bedeutsame Interpretationsleistung des Bundesgerichtes, das aus dem Postulat der Rechtsgleichheit das Verbot der Rechtsverweigerung und aus diesem wiederum das Willkürverbot abgeleitet hat, welches Achtung vor dem Institut der Willkürbeschwerde gebietet [42]). Es ist vor allem die Lösung der skizzierten mannigfachen Aufgaben, die dem Verbote willkürlicher Rechtsanwendung seine große Bedeutung verleiht und die es als eine im Rechtsbewußtsein des Volkes verankerte Säule erscheinen läßt, die wohl keinen juristischen Kunstbau zieren kann, die aber trotz ihrer Schwerfälligkeit in lebensnaher und nicht zu unterschätzender kraftvoller Art unser rechtsstaatliches Gebäude mit zu stützen hilft.

---

[42]) Anderer Ansicht ist Heusler, 170.